DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Diretores:
Maria Manuela Magalhães Silva
Daniela Serra Castilhos
Fábio da Silva Veiga

Coordenador
Rubén Miranda Gonçalves

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Todos os direitos reservados ao editor da obra. Nenhuma parte da obra poderá ser reproduzida sem o consentimento expresso dos diretores ou dos coordenadores. Os diretores e os coordenadores não são responsáveis pelas opiniões, comentários ou manifestações representadas nos respetivos artigos.

Edita

Universidade Portucalense Infante D. Henrique

Universidade Portucalense Infante D. Henrique

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541

4200-072 Porto, Portugal

Telefone: +351 225 572 000 | Email: upt@upt.pt

© Maria Manuela Magalhães Silva (Dir.)

© Daniela Serra Castilhos (Dir.)

© Fábio da Silva Veiga (Dir.)

© Rubén Miranda Gonçalves (Coord.)

© Os autores, pelos textos

ISBN: 978-972-9354-45-8

DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

SUMARIO

"Quando os Direitos fundamentais se concretizam em Directivas: negação dos fundamentos do efeito directo horizontal ou sua invocabilidade por particulares?" *Fátima Pacheco* 7

"O diálogo entre direito e moral em Alexy e Posner – como ficam as contribuições jurídicas para as nanotecnologias no Brasil?"
Daniela Pellin & Wilson Engelmann 35

"Análisis sobre el rol de las mujeres en la construcción de paz. Caso de estudio: las mujeres liberianas en la Segunda Guerra Civil de Liberia"
Sandra Heras Contreras 51

"A livre iniciativa na ordem constitucional luso-brasileira"
João Otávio Bacchi Gutinieki & Fábio da Silva Veiga 67

"Os direitos humanos e as origens da vida aspectos multidisciplinares dos direitos humanos"
João Proença Xavier 79

"Las limitaciones de la instance equité et reconciliation marroquí y las revueltas de 1984"
Camilo Herrero García 89

"Os direitos sociais no Estado Nação: uma análise da previdência social como elemento para o crescimento econômico e desenvolvimento humano brasileiro"
Auricélia do Nascimento Melo & Maria do Rosário Pessoa Nascimento 105

"A Fundamentação do Direito à Livre Expressão do Pensamento"
Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena 117

"La relación entre el derecho administrativo y los derechos fundamentales"
Rubén Miranda Gonçalves 129

"Efetivação dos direitos fundamentais no Brasil: judicialização necessária?"
Priscila Luciene Santos de Lima e Rafael Lima Torres 139

"Os direitos humanos em política externa: algumas notas sobre o caso português"
Pedro Ponte e Sousa – Universidade Nova de Lisboa 157

"A boa administração - um direito a, ou um dever de?"
Andreia Barbosa 177

"A proteção dos direitos humanos na Europa: o papel inovador do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem"
Alexandre Barbosa de Lucena Leal e Marília Daniella Freitas Oliveira Leal 193

"A contribuição para a segurança social a cargo da entidade empregadora e o desafio da sustentabilidade do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem"
J. Eduardo Amorim 205

"A infidelidade partidária como causa da debilidade da cidadania no Brasil"
Matheus Passos Silva e Márcio Morais de Sousa 221

"Águas turvas: entre os direitos humanos e a detenção em alto-mar"
Catarina Araújo Silveira Woyames Pinto 237

"The Anti Homosexuality Act, 2014: legislação anti-gay e a ameaça aos direitos humanos da população LGBTI no Uganda"
Rui Garrido 253

"O devedor contumaz e os princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana"
Fernando Marcelo Mendes 269

"Direito de asilo e a perseguição por pertencimento a um grupo social específico: a aplicação aos indivíduos perseguidos em razão de sua orientação sexual"
Fernanda de Andrade Freire Lima 281

"Nações em choque: confiança ou desconfiança nas instituições políticas? Qual a sua importância na linguagem dos direitos humanos?"
Alexandre Ricardo Machado e Patrícia Susana Baía da Costa Colaço Machado 295

"O reconhecimento da diferença e a acessibilidade como desdobramento dos direitos humanos"
Álvaro dos Santos Maciel e Marcelo Pereira de Mello 309

"Um breve retrato das pessoas com deficiência no mercado de trabalho do Rio de Janeiro/RJ-Brasil"
Álvaro dos Santos Maciel e Marcelo Pereira de Mello 323

"Combate à discriminação em função da identidade ou expressão de género – o que se vai fazendo em Portugal"
Ana Paula Guimarães 335

"Da liberdade de exercício do direito humano de acesso à justiça à responsabilidade pelo abuso do direito de ação"
Francisco Arthur de Siqueira Muniz 349

"Reflexões acerca das mudanças climáticas e refugiados ambientais"
Gisele Bonatti 363

"O papel do Estado na efetivação do Direito à autodeterminação das pessoas com deficiência - análise do Regime jurídico para integração dos portadores de deficiência no serviço público português"
Arthur Alves Ignácio e Guilherme Augusto de Souza Godoy 379

"Combate às drogas x proteção dos direitos humanos – um estudo no Brasil dos últimos 10 anos
Guilherme Augusto Souza Godoy e Misael Neto Bispo da França 395

"Medidas da administração da saúde em tempo de escassez"
Isa António e Luciana Santos 409

"Aspectos tributários na defesa do meio ambiente: análise na gestão dos resíduos sólidos no brasil"
Lídia Maria Ribas e Kezia Miranda 425

"A projecção dos Direitos Humanos para o futuro"
Luís Filipe Guerra 437

"Uma análise das possibilidades de regulação jurídica das nanotecnologias sob a perspectiva do artigo 3° da Declaração Universal dos Direitos Humanos"
Wilson Engelmann e Cristine Machado 451

"O Direito à informação do nano consumidor: uma das faces da dignidade da pessoa humana"
Wilson Engelmann e Raquel von Hohendorff 465

"A previdência social brasileira: necessidade de ajustes para sua sustentabilidade"
Zélia Luiza Pierdoná e Ionas Deda Gonçalves 481

"A pobreza como elemento da globalização hegemônica neoliberal"
Thiago Santos Rocha 495

"A Responsabilidade Social das Empresas"
Irene Portela, Fábio da Silva Veiga e Rafael Ferreira 509

"A Constituição, a dignidade humana e a Pobreza em Portugal"
Irene Portela e Soraia Gonçalves 527

"Os diferentes interesses sociais na estrutura societária – O interesse social primário versus o interesse social secundário"
Rui Zeferino Ferreira 535

"La justicia constitucional kelseniana y la politización de los jueces constitucionales"
Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño 551

"Do direito humano ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes em situação de vulnerabilidade socioeconômica"
Carolina Merida e Scheila Gomes França 579

A proteção jurídica do meio ambiente no Mercosul como direito fundamental humano
Maykel Ponçoni 591

Liberdade de escolha ao acesso ao poder judiciário
Luciane Mara Correa Gomes e Tauã Lima Verdan Rangel 607

A proteção do acesso igualitário ao poder judiciário como garantia dos direitos humanos
Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader e Luciane Mara Correa Gomes 617

Quando os Direitos fundamentais se concretizam em Directivas: negação dos fundamentos do efeito direto horizontal ou sua invocabilidade por particulares?

Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro Pacheco[*]

RESUMO

Sendo a UE uma União de Direito estabelecida no respeito pelos direitos fundamentais este trabalho incide sobre o efeito direto horizontal das Diretivas que versam sobre direitos fundamentais dos indivíduos. Sendo certo que a sua não transposição não deveria impedir os particulares do direito de invocar os efeitos jurídicos nelas previstos, tanto o princípio da interpretação conforme como o do efeito direto – ambos consequências do primado – permitem reforçar a sua eficácia. O efeito direto horizontal é um instrumento apto à protecção dos direitos dos indivíduos permitindo a exclusão do direito nacional contrário, no quadro dos litígios inter-particulares. Destarte, quando as Diretivas concretizam direitos fundamentais, o efeito direito permite um maior nível de protecção. Após uma fase de negação do princípio a jurisprudência revelou significativos momentos de exceção. Todavia, seria o reconhecimento do efeito horizontal dos princípios gerais de direito contidos em Diretivas, ainda que não transpostas, que viria a possibilitar uma maior defesa dos direitos fundamentais dos particulares. Após a apresentação da jurisprudência mais impactante, pretende-se analisar se o Tribunal revela alguma involução no seu percurso retornando à ortodoxia da teoria do efeito direto.

Palavras-chave: efeito direto, primado, direitos fundamentais.

Sumário:

I – Introdução à problemática; II – O Tratado de Lisboa, os direitos fundamentais e a posição do Tribunal quanto à sua eficácia nas relações particulares; III -– Ter ou não ter efeito direto: direitos fundamentais ancorados em Diretivas; IV - Breve conclusão.

[***]Pós-graduada em Estudos Europeus, Mestre e Doutora em Direito Público; Professora Adjunta e Investigadora da Universidado ISCAP (Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto); Investigadora do CEDU (Universidade do Minho). Correio eletrónico: fatima_pacheco@live.com.pt .

I – Introdução à problemática

Quando num espaço jurídico concêntrico dois ordenamentos podem ser aplicados a uma mesma situação as normas jurídicas provenientes de cada um deles podem entrar em conflito. Nessas situações o princípio do primado pode resolver o problema sem implicar o princípio da hierarquia. Assim, no quadro dos conflitos de aplicação entre uma norma de direito da União e uma norma de direito interno o referido princípio veio responder ao dilema ultimando a prevalência ou preferência na aplicação do primeiro sobre os direitos nacionais.

Na verdade, desde os primórdios da Comunidade Económica Europeia (CEE) que o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) afirmou a especificidade dos tratados e o carácter definitivo da transferência dos direitos soberanos dos Estados-membros. Porquanto o Tribunal foi avançando na afirmação do carácter absoluto e incondicional do princípio ainda que em questão estivesse a aplicabilidade de direitos fundamentais ou de princípios advindos de qualquer estrutura constitucional nacional.

Por outro lado, este desvelo foi também exigido aos tribunais nacionais – que na sua qualidade de órgãos de aplicação de direito da União – estavam, como estão, especialmente obrigados a assegurar tal prevalência, ainda que inexistindo qualquer hierarquia entre o referido tribunal e os tribunais nacionais. A não ser assim o direito interno constituiria um obstáculo à aplicação do direito da União nos respetivos ordenamentos, inviabilizando a sua autonomia.

Tal empreendimento não seria possível sem a formulação de um outro princípio, o princípio do efeito direto, que se consubstanciaria na possibilidade dos particulares invocarem as normas da União perante as autoridades nacionais. Desta maneira, a aplicabilidade descentralizada do direito da União fez nascer um vínculo direto entre a União e os particulares, que a particularizou face à ordem jurídica Internacional. Sendo os sujeitos da ordem jurídica da União não apenas os Estados mas também os seus nacionais, estes, enquanto destinatários do efeito contido em tais normas teriam de sindicalizar os direitos que passaram a entrar e a enriquecer a sua esfera jurídica, pelo que o referido princípio se transformou num adequado instrumento de controlo da aplicação do direito da União potenciando o efeito útil das suas disposições.

Inicialmente, por obra do Tribunal[1], sempre que as normas comunitárias - gozando de clareza, precisão e completude - enunciavam obrigações incondicionais e obviavam medidas nacionais de aplicação reconhecia-lhes efeito direto, sem o diferenciar da aplicabilidade direta ou, dito de outra forma, da sua incorporação automática na ordem jurídica estadual. Posteriormente, o Tribunal modificaria os critérios indicados justificando a sua existência devido à finalidade específica da Comunidade. Em jurisprudência sucessiva viria a afirmar que tais normas na mesma gozariam de tal de efeito se não deixassem aos Estados margem de liberdade sobre a obrigatoriedade da sua aplicação, bastando a sua clareza, precisão e incondicionalidade - ainda que não conferissem direitos aos particulares (servindo de parâmetro de legalidade da legislação nacional).

Uma vez assente o alcance vertical do princípio (particular contra o Estado) a discussão sobre a sua horizontalidade (entre particulares) não foi uma questão pacífica. A nível do direito secundário, se a horizontalidade cedo foi reconhecida aos Regulamentos e às Decisões, no que concerne às Diretivas – naturalmente incompletas – abriram-se profundas dúvidas quanto à possibilidade da sua invocabilidade, ainda que muitas se revelassem particularmente detalhadas, cerceando significativamente a liberdade aos Estados.

O problema que se colocava era o destino a dar a uma Diretiva, que contivesse disposições precisas e incondicionais e que atribuísse direitos subjetivos aos particulares cujo prazo de transposição se houvesse esgotado e o Estado destinatário não tivesse procedido àquela, ou o tivesse feito de modo erróneo ou incompleto. Reconhecer tal horizontalidade equivaleria a criar automaticamente deveres na esfera jurídica dos particulares, para além de que as aproximaria dos Regulamentos podendo, tais virtualidades, beliscar o princípio da segurança jurídica. Ora, não criando a Diretiva quaisquer obrigações para os particulares, não deveriam ser invocadas contra outros – razão pela qual o Tribunal assumiu uma posição restritiva quanto a esta questão, recusando o seu efeito direto horizontal sem, porém, lhes negar carácter vinculativo.

Todavia, esta situação foi gerando situações absurdas. A protecção direta dos particulares resultava debilitada, para além de que se favorecia os Estados

[1] A partir daqui a palavra "Tribunal" designa o Tribunal de Justiça da União Europeia que, nos termos do art. 19.º do Tratado da União Europeia (TUE) «*inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e os tribunais especializados».*

inadimplentes. Tais situações, atentatórias do princípio da igualdade e da não discriminação, geravam efeitos adversos e prejudicavam a uniformidade e o efeito útil do direito da União. Razão pela qual o Tribunal tentou superar a situação através dos seguintes instrumentos: primeiro, foi ampliando o conceito de Estado (todas as entidades públicas sujeitas à sua autoridade e controlo ou que detenham poderes exorbitantes face aos particulares); segundo, foi obrigando à interpretação do direito nacional (anterior ou posterior) em conformidade com as Diretivas, criando "indirectamente" um efeito direto; terceiro, assumindo a existência de repercussões negativas nas "situações triangulares" horizontais, bem como efeitos de exclusão de regras nacionais contrárias, assim viabilizando a aplicação inter-particulares de Diretivas não transpostas. Por outro lado, e com particular interesse para o tema que nos propusemos tratar, o Tribunal, numa quarta via, foi considerando que os direitos nelas vertidos poderiam ser invocados horizontalmente devido a serem provenientes de princípios gerais de direito. Isto, sem prejudicar a criação do princípio da responsabilidade do Estado por incumprimento do direito da União, de que não nos ocuparemos, por não caber na economia deste trabalho refletir sobre este "remédio" ao dispor dos particulares para a responsabilização patrimonial do Estado pela violação dos compromissos decorrentes da pertença à União Europeia.

Ora, aqui chegados, é hora de concretizar o objecto de trabalho cujo título já evidencia o que queremos questionar e justificar. Assim, partindo dos efeitos adversos que a negação do efeito direto horizontal das Diretivas acarretou para a defesa dos direitos dos particulares, iremos focarmo-nos na criação mais vanguardista do Tribunal, ou seja, no quarto instrumento acima referido: a invocabilidade horizontal dos princípios gerais de direito, contidos em Diretivas, ainda que não transpostas pelos Estados-membros.

Certos de que a jurisprudência do TJUE, nesta matéria, não se apresenta linear iremos perscrutar se a vigência do Tratado de Lisboa (TL) anuncia ou não perspetivas de mudança na posição do Tribunal.

II – O Tratado de Lisboa, os direitos fundamentais e a posição do Tribunal quanto à sua eficácia nas relações particulares

Tal como as sociedades democráticas, também a União Europeia (UE) se baseia em valores e princípios. Na verdade a União fundamenta-se no respeito pela

democracia, pelo Estado de Direito e pelos direitos fundamentais[2]. Nesse contexto, o art. 2.º do TUE enuncia a sua base axiológica vinculando o legislador da União e os Estados-membros, bem como os seus tribunais, a interpretar e aplicar o seu direito tendo em conta os referidos valores. Ademais, a sua consagração fez com que o respeito pelos direitos fundamentais fosse requisito para a aquisição e manutenção da qualidade de membro e limite material de revisão. Por outro lado, o art. 6.º, atribuiu à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) o mesmo valor dos tratados e conferiu competência à União para aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, (CEDH). Por sua via, o seu n.º 3, consagra os direitos fundamentais garantidos pela CEDH e os que resultam das tradições constitucionais comuns, como princípios gerais de direito.

A exemplo da maioria das constituições[3] e apesar de exprimir a sua vinculação aos direitos fundamentais o TL não se pronuncia quanto à sua aplicabilidade nas

---

[2] Sobre a evolução do sistema de protecção dos direitos fundamentais na União na doutrina portuguesa, *vd*. MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia,* Coimbra: Livraria Almedina, 2000, pp. 136 e 225; MARTINS, ANA MARIA GUERRA, «A proteção dos direitos fundamentais em Portugal e na União Europeia», *in Estudos Europeus,* Ano I, n.º 2, 2007, pp. 113-147; MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos,* Coimbra: Livraria Almedina, 2006, pp. 273-293; SOARES, ANTÓNIO GOUCHA, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A proteção dos Direitos Fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, pp. 7-38; QUADROS, FAUSTO, *Direito da União Europeia - Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia, Coimbra:* Livraria Almedina, 2004, pp. 126-140; MACHADO, JÓNATAS, *Direito da União Europeia,* Coimbra: Livraria Almedina*,* 2010 pp. 256-267; GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, «A evolução da proteção dos Direitos Fundamentais no espaço comunitário», *in Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra: Livraria Almedina, 2001, pp. 17 e ss; DORA, RESENDE ALVES, "A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a atualidade", *in Cidadania, Justiça e Controle Social,* Santa Cruz do Sul: Essere nel Mundo – e-book editora, 2016, p. 10-21; DUARTE, MARIA LUISA - «A União Europeia e os Direitos Fundamentais - Métodos de Proteção», *in Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias,* Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 11 ss.; DUARTE, MARIA LUISA - «O modelo europeu de proteção dos Direitos Fundamentais – dualidade e convergência», *in Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias,* vol. II, Coimbra: Coimbra Editora*,*2006 pp. 191-203; MARTINS, PATRÍCIA FRAGOSO, *Da proclamação à garantia efetiva dos Direitos Fundamentais – em busca do due process of law na União Europeia,* 2007, Lisboa. Principia, 2006, pp. 15-64; PACHECO, FÁTIMA MONTEIRO - «O sistema de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia», *in Julgar,* n.º 14, 2011, pp.10-28; RAMOS, RUI MOURA - «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a proteção dos Direitos Fundamentais», *in Cuardernos Europeos de Deusto,* n.º 25, 2001, pp. 161 ss; SILVEIRA, ALESSANDRA - *Princípios de Direito da União Europeia – doutrina e jurisprudência*, 2009, Coimbra: Quid Juris, 2009; TEIXEIRA, SÓNIA, *A proteção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da União Europeia,* Coimbra: Coimbra Editora, 1998; PAIS, SOFIA OLIVEIRA - «A proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia», *in Estudos de Direito da União Europeia,* 2012, pp. 115-130.

[3] O art. 18.º, n.º 1, da constituição portuguesa, proclama a força jurídica dos preceitos respeitantes a direitos, liberdades e garantias, com a extensão determinada pelo art. 17.º Aquele dispositivo integra uma parte essencial do seu regime jurídico específico, permitindo a sua aplicação directa nas

relações entre particulares. A nível estadual este problema foi obtendo duas respostas, dividindo os que arvoravam pela aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais relativos a direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas; e os que só a admitiam mediante regulação legislativa. A nível da União o Tribunal tem sido o responsável pelo desenvolvimento da questão. Como já apontamos, o princípio do efeito direto foi por ele alvitrado para reforçar os direitos subjetivos dos particulares decorrentes das obrigações impostas aos Estados. A sua ideia central reside na virtualidade das normas serem invocadas judicialmente, quer contra o Estado, quer contra outros particulares, por parte dos indivíduos a quem são conferidos os direitos. Trata-se, por isso, de uma faculdade que lhes assiste, relativamente a determinadas normas. Nessa medida, este princípio robusteceu a eficácia do direito da União, enquanto «law of the Land», na expressão de PRECHALL.[4]

---

relações entre particulares, com eficácia *erga omnes*. Assim, os direitos fundamentais deixam apenas de ter efeitos verticais perante o Estado para terem efeitos horizontais perante entidades privadas. A primeira parte do n.º 1 do dispositivo consagra a sua aplicabilidade direta, ou seja a sua imediatividade. A segunda dispõe sobre o regime daquela vinculação, estendendo-o a entidades públicas e privadas. (n.º 1, *in fine)*. Tais entidades estão vinculadas aos direitos fundamentais porque estes criam uma ordem de valores objetiva (*DrittwirKung* ou eficácia em relação a terceiros), por via da sua consagração constitucional. Estes direitos só podem ser restringidos do mesmo modo em que o podem ser nas relações entre os particulares e o Estado, embora o princípio da autonomia negocial possa fundamentar tais restrições. A dignidade da pessoa humana vincula as entidades privadas no sentido da não utilização da autonomia para subverter os valores constitucionalmente protegidos. Materialmente, as restrições devem estar constitucionalmente autorizadas; ser adoptadas para a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; proporcionais (adequadas, necessárias e de "justa medida"); e não diminuírem o conteúdo essencial do direito. A lei restritiva, por sua vez, deve ser geral e abstracta; não retroactiva; e apenas pode ser da Assembleia da República ou do Governo, com a autorização da mesma (reserva de lei formal). As restrições apenas são admissíveis nas colisões de direitos (titular de um direito com um bem social), conflito de direitos (titular de um direito e outro titular com outro direito) ou concorrência de direitos (titular protegido por vários direitos). Segundo CANOTILHO, o art. 18.º permite afirmar que a constituição é o «estatuto fundamental» da ordem jurídica portuguesa, e os direitos fundamentais são princípios objetivos da ordem jurídica civil. O regime constitucional previsto para os direitos, liberdades e garantias vale não apenas no que concerne às relações do Estado com a sociedade, mas também às dela em si mesma, não só enquanto eficácia externa (dever universal de respeito), mas como pressupostos e objetivos nas relações inter-particulares. Sobre a eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares, *vd.* ANDRADE, VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976,* 2001, Coimbra: Livraria Almedina*.,* pp. 237 e ss.; CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 379-396; CANOTILHO, J.J. CANOTILHO *Direito Constitucional e Teoria da Constituição»,* 7.ª ed*,* Coimbra: Livraria Almedina*,* pp. 1267 e ss.; MIRANDA, JORGE *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais,* Tomo IV, 3.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2000,p. 220; NOVAIS, JORGE REIS - *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição* - Coimbra: Coimbra Editora, 2003*,* pp. 57 e ss.; MAC CRORIE, BENEDITA FERREIRA DA SILVA - *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais,* Coimbra: Almedina, 2005; e QUEIROZ, CRISTINA - *Direitos Fundamentais, Teoria Geral* – Coimbra: Coimbra Editora, 2002*,* pp. 269 ss.

[4] PAIS, SOFIA DE OLIVEIRA, «Algumas reflexões sobre o princípio da interpretação conforme no contexto da «transposição judicial» das Directivas», *in RFDUCP,* ano VII, 2010, pp. 489- 491.

Como se fez referência, assente que estava a falta de eficácia horizontal das Diretivas, o Tribunal tentou compensar esta debilidade através de alternativas que satisfizessem os lesados pela sua deficiente, incompleta, ou ausente transposição, declarando a obrigação de interpretação de todo o direito nacional conforme o seu texto e finalidades[5]; ou, caso o seu resultado não pudesse alcançar-se por essa via, mediante a tutela ressarcitória[6]. Por outro lado, a construção da doutrina do efeito direto em situações triangulares[7] (dois particulares e a administração nacional) e o "efeito incidental" ou "invocabilidade de exclusão das Diretivas"[8], visaram – como já

[5] O princípio implica que os tribunais internos (e a administração) garantam, por via da interpretação, a plena eficácia das Diretivas, ou o dever de interpretarem o direito nacional à luz do direito da União. O seu fundamento decorre do princípio da lealdade, vertido no art 4.º, n.º 3 TUE-L, cuja obrigatoriedade foi deduzida dos tratados para impedir que os Estados se abrigassem na transposição errónea para se eximirem aos seus deveres, impondo-se, de igual forma, ao juíz por força do primado. Tornava-se, assim, possível alcançar uma solução conforme à finalidade das Diretivas mediante a exclusão da aplicabilidade de direito interno contrário, posto que tal juízo não servisse de fundamento a uma interpretação *contra-legem;* ao agravamento da situação jurídica dos particulares; à violação do princípio da separação dos poderes; à violação dos princípios gerais de direito; ou ainda, ao agravamento da responsabilidade penal dos particulares. O princípio decorre da lealdade, porque impõe a todos os órgãos nacionais a tomada de medidas para assegurar o cumprimento das obrigações resultantes dos tratados, assumindo particular importância no âmbito das Diretivas, que não usufruam de efeito direto (não suficientemente precisas e incondicionais), ou caso se trate de um litígio entre particulares. Graças a ele permite-se superar a falta de efeito horizontal, garantindo a sua eficácia. Todas as autoridades estaduais estarão sujeitas a não comprometer o resultado das Diretivas, não devendo os órgãos legislativos adoptar disposições susceptíveis de as pôr em causa. Trata-se de um princípio hermenêutico, inerente ao sistema dos tratados, e de um efeito estrutural das normas da União sobre todo o ordenamento nacional, anterior ou posterior. Por via da aplicabilidade deste instrumento interpretativo estão os órgãos jurisdicionais nacionais incumbidos de assegurar a efetividade do direito da União, realizando uma «transposição judicial». De salientar que, enquanto no efeito de uma Diretiva se verifica um efeito de substituição de uma norma de direito da União, na interpretação conforme permite-se uma reinterpretação de uma norma nacional, à luz da Diretiva, podendo conduzir a resultados pouco uniformizadores. A sua consagração resulta do Ac. de 10/4/1984, *Von Colson e Kamann*, proc. 14/83, Rec. p. 1891 e Ac. de 13/11/1990, *Marleasing*, proc. C-106/89, Col. I, p. 4135; Ac. de 13/12/89 *Grimaldi*, proc. C-322/88, Col. 1989; Ac. de 16/6/2005, *Maria Pupino*, proc. C-105/03, Col. 2003; A. de 17/5/2004, *Adeneler*, proc. C-212/04, Col. 2006, p. I-6057 e Ac. de 12/2/2008, *Kempter,* proc. C-2/06. Col. 2008, p. I-411.

[6] A reparação dos danos causados aos particulares por não transposição da Diretiva tem de reunir três situações cumulativas: atribuir direitos a particulares; o seu conteúdo tem de ser identificado com base nas disposições da Directiva; nexo de causalidade entre a violação da obrigação estadual e o dano. Sobre o tema, *vd.* Ac. de 16/12/1960, *Humblet*, proc. 6/60, p. 545; Ac. de 22/1/76, *Russo,* proc. 60-75, Col. 1976, p. 45; Ac. de 19/11/1991, *Francovich,* proc. C-6/90 e C/9/90, Col. 1991, p. I-5357; Ac. de 5/3/1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, proc. C-46/93 e C-48/93, Col. I-1029, p. I-418; Ac. de 26/3/1996, *British Telecommunications*, proc. C-392/93, Col.1996, I-1564; Ac. de 17/10/1996, *Denkavit International BV*, proc. C-283/94, C-291/94 E C-292/94, Col. 1996, p. I-5063; Ac. de 23/5/1996, *Hedley Lomas*, proc. C-5/94, Col.1996, p. I-2604; Ac. de 8/10/1996, *Dillenkofer*, proc. C- 178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, Col. I-4845; Ac. de 10/6/1997, *Danila Bonifaci*, processos C- 94/95, C-95/95, Col. 1997, p. I-3969; Ac. de 10/7/1997, *Frederico Maso*, proc. C-373/95, Col.1997, p. I-4051; Ac. de 10/6/1997, *Rosalba Plamisiani*, proc. C-261/95, Col. 1996, p. I-4025; Ac. de 2/4/1998, *Norbrook Laboratories*, proc. C-172/95, Col. 1998, p.I-1566; Ac. de 30/9/2003, *Kobler c. Repblik Osterreichtr*, proc. C-224/01, Col.2003, p. I-239.

[7] Ac. de 7/1/2004, *Delena Wells*, proc. C-201/02, Col.2004, p. I-723; Ac. de 24/10/1996, *Kraaijeveld,* proc.C-72/95, Col. 1996, p. I-5403 e Ac. de 19/9/2000, *Linster,* proc. C-287/98, Col. 2000, p. I-6917.

[8] Ac. de 8/12/1986, *Úrsula Becker*, proc. 8/81, Col. 1982, p. 53; Ac. de 30/9/1996, *CIA Security International,* de 30 de Setembro de 1996, proc. C-194/94, Col.1996, p. I-2201; Ac. de 28/3/1996,

foi referido - atenuar as consequências negativas da jurisprudência *Marshall I* [9] que excluía *obier dictum* a sua invocação por parte de um particular contra outro, posteriormente confirmada nos Ac.s *Marshall II*[10], *Vaneetveld*[11]*, Faccioni Dori*[12]*,* e *El Corte Inglês*[13] .

III – Ter ou não ter efeito direto: direitos fundamentais ancorados em Diretivas

Ora, nos casos em que as Diretivas "concretizavam" direitos fundamentais, o Tribunal pronunciou-se pela possibilidade da sua invocação nos litígios entre particulares, baseando-se no conteúdo dos princípios gerais da União, flexibilizando a rigidez da sua posição inicial. Ainda que não transpostas, na medida em que o seu conteúdo - encerrava em si mesmo - a concreção de tais princípios, competiria ao juiz nacional garantir a tutela dos particulares, desaplicando disposições nacionais contrárias, independentemente do esgotamento do seu prazo de transposição. Por força da penetração de tais princípios gerais[14] o Tribunal atenuou a diferença entre Diretiva e Regulamento, transformando-os em fonte direta de direitos fundamentais.

Aquela tendência foi especialmente construída a partir das conclusões do advogado-geral, no ac. *Mangold,* em 2005, que se pronunciava no âmbito de um litígio entre particulares, a propósito da apreciação da conformidade de normas laborais alemãs que previam a dispensa de fundamentação do termo nos contratos de trabalho celebrados com trabalhadores com idade superior a 52 anos. O Tribunal afirmou que a legislação interna era incompatível com a Diretiva 2000/78, muito embora à data da celebração do contrato, o prazo para a sua transposição não se

---

Bernáldez, proc. C-129/94, Col. 1996, p. I-1829; Ac. de 28/1/1999, *Unilever,* proc. C-443/98, Col. 2000, p. I-7535; Ac. de 16/6/1998 *Unilever*, proc. C-226/97, Col. 1999, p. I-431; Ac. de 26/9/2000; Ac. de 19/1/2010, *Seda*, proc. C-555/10, Col. 2010, p. I-365.; Ac. de 12/3/1996, *Panagis Pafiti*, proc. C- 441/93, Col. 1996, p. I-1347; Ac. de 30/4/1996, *CIA Security International,* proc. C-194/94, Col.1996, p. I-2201.

[9]Sobre esta jurisprudência, *vd.,* por todos, SOFIA OLIVEIRA PAIS, «Incumprimento das Directivas Comunitárias – do efeito direto à responsabilidade do Estado», *in Dois temas de direito comunitário de trabalho,* 2000, pp. 24 e ss.

[10] Ac. de 26/2/1986, *Marshall c. Southampton and South West Hampshire Área Health Authority,* Proc. C-271/91, Col. 1993, p. I-4367.

[11] Ac. de 3/3/1994, *Vaneetveld c. Le Foyer,* proc. C-316/93, Col. 1994, p. I-763 ss.

[12] Ac. de 9/2/1994, *Faccini Dori c. Recreb,* proc. C-91/92, Col. 1994, p. I 3325.

[13] Ac. de 7/3/1996, *El Corte Inglês SA c.Cristina Blásquez Rivero,* proc. C-192/94, Col. 1996, p. I- 1280.

[14] Acentuando o carácter perturbador do potencial dos princípios gerais de direito no equilíbrio entre a União e os Estados, e entre o Tribunal e o legislador da União, provando a lenta extensão de competências da União em desfavor dos Estados, alegadamente podendo dar causa a situações insustentáveis, *vd.* PRECHAL, SACHA «Competence Creep and General Principles of law», *in REAL,* Vol. 3, issue 1, 2010, p. 19.

haver ainda esgotado! O Tribunal defendeu que a inviolabilidade do princípio da igualdade de tratamento, enquanto princípio geral «vertebrador» de direito comunitário, não poderia depender do prazo de transposição de uma Diretiva destinada a criar o quadro geral da luta contra as discriminações em razão da idade[15]. Naquele contexto, afirmaria que o juiz não deveria permitir a aplicação de disposições nacionais que ofendessem um princípio com a natureza de direito fundamental da União, concretizado naquele ato de direito derivado, ainda que no âmbito de um litígio entre particulares. Neste sentido, parafraseando LUÍSA DUARTE, «o princípio geral da não discriminação em função da idade concentra uma força jurídica própria e imediata que não depende do processo de adaptação do direito interno em cumprimento da obrigação específica de transposição».[16]

Desta maneira, a jurisprudência *Mangold* anunciou a plena eficácia – vertical e horizontal - de um princípio geral de direito do qual resultavam direitos subjetivos para os particulares, num tempo em que a Carta não gozava ainda de força de direito primário. Ora, após o TL e uma vez a Carta nele incorporada - concentrando as suas disposições força normativa e carácter constitucional - deveria impender sobre os tribunais a sua concretização. Assim sendo, seria expectável que o caminho aberto por *Mangold* viesse a solidificar. Na verdade, ainda que as normas e princípios consignados na CDFUE encontrem a sua origem em diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns, a sua positivação, atribuiu- lhes a centralidade do sistema legal da União. Com efeito, nos termos do seu art. 52.º, as disposições da Carta obrigam os tribunais a interpretar todo o direito da União à luz dos direitos nela previstos e a conjugar paradigmas interpretativos de diversas origens. Seria, portanto, razoável concluir que os direitos fundamentais identificados em Diretivas, permitiriam reforçar a sua invocabilidade no quadro dos litígios inter-particulares!

Recorde-se que já no ac. *Viking Line*[17]*,* a questão prejudicial visava a interpretação, por um lado, das disposições do tratado relativas à liberdade de estabelecimento e, por outro, do Reg. n.° 4055/86, que aplicava o princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos. Naquele ac. confirmou-se que as

[15] Sobre o direito anti-discriminatório v, LOPES, DULCE - «Principais contributos da União Europeia e do Conselho em matéria de não-discriminação», *in Debater a Europa,* Cieda*,* Janeiro/Julho de 2011.
[16] DUARTE, MARIA LUISA, *União Europeia e Direitos Fundamentais, cit.,* p. 305.
[17] Ac. de 11/12/ 2007, *International Transport Workers Federation, Finnish Seamen's Union/Viking Line,* Proc. C-483/00, Col. 2007, p. I-10779.

liberdades fundamentais conferiam direitos a pessoas privadas, sendo fonte de obrigações horizontalmente obrigatórias. Isto mesmo foi afirmado no par. 58, «(…) *o facto de determinadas disposições do Tratado se dirigirem formalmente aos Estados-membros não exclui que possam ao mesmo tempo ser conferidos direitos a qualquer particular interessado no cumprimento das obrigações assim definidas e, por outro, que a proibição de atentar contra uma liberdade fundamental prevista numa disposição do Tratado de natureza imperativa se impõe, designadamente, a todas as convenções destinadas a regulamentar de modo coletivo o trabalho assalariado».* As liberdades fundamentais de que gozaria a *Viking* não poderiam ser neutralizadas por via de obstáculos introduzidos por entidades capazes de elaborar convenções destinadas a regulamentar de modo coletivo o trabalho assalariado. Assim, a disposição invocada pela empresa viria a ser considerada suscetível de conferir direitos oponíveis a um sindicato ou associação de sindicatos.

A jurisprudência *Colemam*[18] e *Sabine Mayr*[19]*,* também ilustra a autoridade do primado na interpretação e aplicação do DUE, no que concerne ao controlo de disposições nacionais de transposição de Diretivas. Na primeira situação colocava-se um problema que tinha a ver com o princípio da igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional – princípios consagrados na Diretiva 2000/78/CE. Estava em causa determinar se a sua interpretação permitia concluir que as suas disposições se aplicavam apenas a trabalhadores deficientes ou também às pessoas que se relacionavam com elas, no caso concreto, a mãe de uma criança (discriminação por associação). O litígio ocorreu entre dois particulares, cuidando-se de aferir se a legislação de transposição deveria ser interpretada em conformidade com a Diretiva, de modo a descortinar se a entidade patronal tinha exercido sobre um trabalhador um tratamento menos favorável, e se tal tratamento teria sido ocasionado por causa da necessidade de prestação de cuidados especiais a seu filho. Na segunda situação também estava em causa a interpretação de uma Diretiva destinada a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, de novo a propósito de uma relação horizontal: uma entidade patronal despedira uma trabalhadora que tinha sido submetida a fecundação *in vitro*, ainda que sem implantação do embrião no útero,

[18] Ac. de 17/7/2008, *Coleman*, proc. C-303/06, Col. 2008, p. I- 5603.
[19] Ac. de 26/2/2008, *Mayr*, proc. C-506/06, Col. 2008, p. I-1017.

discutindo-se se o despedimento poderia ser qualificado como contra uma "trabalhadora grávida" – proibido ao abrigo do art. 10.º da Diretiva. O Tribunal declararia que os seus arts. 2.º e 5.º, relativos ao princípio da igualdade de tratamento entre os sexos, obstava a esse despedimento caso se demonstrasse que o mesmo tinha ocorrido por a trabalhadora ter efetuado esse tratamento. Nesse quadro, incumbiria sobre o tribunal nacional a tarefa de interpretar a Diretiva 92/85/CEE no sentido de determinar se o despedimento da trabalhadora em causa tinha sido motivado pela punção folicular, caso em que tal despedimento constituiria uma forma de discriminação direta em função do sexo.

Mas seria principalmente com o ac. *Seda Kucukdeveci*[20] que o Tribunal firmaria a exclusão da aplicação do direito interno num litígio inter-particulares, em caso de verificação da sua incompatibilidade com os princípios fundamentais de direito da União. A dúvida residia em saber se o tribunal nacional devia garantir a observância do princípio geral da não-discriminação em razão da idade, tal como concretizado numa Diretiva não transposta (cujo prazo se esgotara), inaplicando legislação nacional desconforme. Com este ac. o Tribunal firmaria, ou não, o alcance do ac. *Mangold.* Ora, apesar de no par. 46 se afirmar *«(…)que uma Diretiva não pode, por si mesma, criar obrigações para um particular, nem pode, por conseguinte, ser invocada, enquanto tal, contra ele»,* declarar-se-ia, no par. 47, que as obrigações que delas decorriam tinham de vincular os Estados ao resultado pretendido, "obrigando" os órgãos jurisdicionais a afastar o direito nacional contrário – ainda que no âmbito de um litígio entre particulares – sob pena de se enfraquecer os efeitos do primado. Partindo de um direito fundamental previsto na Carta e concretizado na Diretiva, no par. 22, afirmava-se que «*há igualmente que salientar que o art. 6.°, n.° 1, TUE enuncia que a CDFUE tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. Segundo o art. 21.°, n.° 1, desta Carta, «[é] proibida a discriminação em razão, designadamente […],* assim se paliando as consequências da falta de horizontalidade das Diretivas. De facto, o par. 27 do ac., claramente dizia que *«(…) é com base no princípio geral do direito da União que proíbe as discriminações em razão da idade, como concretizado pela Diretiva 2000/78, que há que analisar se o direito da União se opõe a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal*». Prosseguindo o seu papel de guardião do princípio da tutela jurisdicional efetiva dos particulares, o

[20] Ac. de 19/1/2010, *Seda Kucukdeveci,* proc. C-555/07, Col. 2010, p. I-365.

Tribunal acrescentaria, no par. 53, que «*há que sublinhar que a necessidade de garantir a plena eficácia do princípio geral da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Diretiva 2000/78, implica que, perante uma disposição nacional abrangida pelo direito da União, que o juiz nacional considere ser incompatível com o referido princípio e em relação à qual não seja possível uma interpretação conforme com este princípio, o juiz nacional não aplique essa disposição, não podendo ser obrigado nem impedido de submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial.»*, ainda que no seio das relações inter- particulares.

O Tribunal não colheu em absoluto a proposta do Advogado-Geral[21], tendo optado por uma via idêntica à da "invocabilidade das Diretivas por exclusão", apelando a um princípio geral positivado na Carta, ao qual não podia ser negada plena eficácia. Todavia, na prática, permitiu que, uma vez não podendo as Diretivas, por si mesmas, impor obrigações a particulares, os direitos fundamentais nelas identificados fossem aplicados diretamente nas relações entre particulares. Saliente- se, contudo, que foi a força normativa dos direitos fundamentais, independentemente da natureza dos actos de direito secundário que os encerravam, que justificaria tal horizontalidade.

Após vária jurisprudência neste sentido o Tribunal volta a surpreender: no processo *Maribel Dominguez*[22], em plena vigência do TL, afirma que o juíz não está vinculado a uma Diretiva, a qual não detém efeito horizontal, infletindo a sua evolução quanto à teoria do efeito direto e à fundamentalidade das regras sociais contidas na CDFUE. Com efeito, face a uma legislação nacional que fazia depender

[21] *Vd.* Conclusões do Advogado-Geral Bot, de 7/6/2009, *Seda Kucukveci c. Swedex GmbH and Co. KG*, proc. C-555/07, Col. 2010, p. 365, cujos termos vale a pena transcrever: no par. 6, o Advogado- Geral afirmaria que «*apresentaremos os motivos pelos quais consideramos que numa situação em que o órgão jurisdicional de reenvio não pode interpretar o seu direito nacional em conformidade com a Diretiva 2000/78, o órgão jurisdicional de reenvio, por força do princípio do primado do direito comunitário e à luz do princípio da não discriminação em razão da idade, tem o poder de afastar a aplicação do direito nacional contrário a essa diretiva, inclusivamente no âmbito de um litígio que opõe dois particulares*.» No par. 70: «*Sugerimos que o Tribunal opte por um critério mais ambicioso em termos de luta contra as discriminações, (…) devendo reconhecer, como fez a propósito do próprio princípio geral do direito comunitário, que uma diretiva que tem por objeto a luta contra as discriminações pode ser invocada no âmbito de um litígio entre particulares a fim de afastar a aplicação de uma legislação nacional que contrarie essa diretiva.»* Concluindo no par. 90: «*pretendemos ainda sublinhar que, atendendo à cada vez maior imiscuição do direito comunitário nas relações entre particulares, o Tribunal será, inevitavelmente confrontado com outras situações que suscitarão a questão da invocabilidade de Diretivas que contribuem para garantir a observância de direitos fundamentais.»*

[22] Ac. de 24/1/2012, *Maribel Dominguez,* proc. C-282/10, Col. 2011, p. I-365.

o vencimento do direito a férias anuais de trabalhador ausente, por motivos de saúde, de trabalho efetivo realizado no período de referência, legislação essa contrária a uma disposição clara e precisa de uma Diretiva, nega a sua invocabilidade entre particulares – justificando a sua atitude na necessidade de concretização do direito em causa (direito a férias anuais remuneradas) por parte do legislador nacional. Contudo, e sem prejudicar, uma vez sendo o direito nacional contrário ao disposto na Diretiva, deixa espaço (e responsabilidade) para o juiz nacional – caso entenda que dispõe de margem de apreciação - não aplicar a legislação laboral em causa.

Porquanto, esta jurisprudência, ao involuir no rumo que apontava a jurisprudência anterior, regressa à ortodoxia da teoria do efeito direto, evitando que o direito da União enveredasse por dimensões insubsistentes no campo dos direitos sociais. Todavia, a existência da CDFUE – em concreto a conjugação do art. 51.º, n.º 1 com o 52.º, n.º 5 – faria com que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e o alcance da tutela jurisdicional dos princípios vertidos naquele catálogo, se concretizados de forma imediata em Diretivas, não fosse – como não é - uma questão resolvida.

Assim sendo, em 2014, é colocada ao Tribunal nova questão prejudicial sobre se o direito fundamental à informação e consulta dos trabalhadores, reconhecido pelo art. 27.º da CDFUE, e especificado pela Diretiva 2002/14/CE, poderia ser invocado num litígio entre particulares para verificar a conformidade da medida de transposição da referida Diretiva. Após uma brilhante exposição do Advogado-Geral CRUZ VILLALÓN sobre a natureza e alcance dos princípios e sobre os «actos de aplicação» que os configuram normativamente, a fim de lhes assegurar a sua promoção efetiva, o Tribunal no ac. *AMS*[23] vem reafirmar a não invocabilidade daquele dispositivo nos litígios entre particulares, seguindo o caminho traçado no ac. *Dominguez.* Não seguindo a proposta de VILLALÓN que - concluindo pela impossibilidade de efetuar uma interpretação conforme do direito interno - conduziria à não aplicação da legislação nacional contrária ao direito fundamental concretizado pela Diretiva em causa, parece que o Tribunal tem receio de atribuir aos particulares todos os efeitos que uma Carta de direitos fundamentais lhes pode propiciar, negando continuar a querer estar na vanguarda da integração jurídica.

[23] Ac. de 15/1/2014, *M.A.S. c. CGT,* proc. C-176/12, Col. 2013,.

IV – Breve conclusão

Sendo certo que cabe à União Europeia garantir aos seus cidadãos a efectividade dos seus valores comuns a "Carta de Lisboa" veio codificar e consolidar os direitos já reconhecidos pelos tratados e pela jurisprudência.

Assumir os preceitos da Carta como verdadeiros direitos fundamentais implicaria uma mudança hermenêutica no seu processo de interpretação e aplicação, passando ela a servir de critério para a determinação da existência e alcance de tais direitos. A ser assim, seria expectável que a protecção dos direitos fundamentais se tornasse mais acessível para os particulares.

Ora, o receio de que os direitos previstos naquele catálogo fossem funcionalizados ao controlo dos Estados e a um maior avanço da integração europeia, parece – também aqui - explicar as recentes inflexões do Tribunal ao recusar a plena força normativa e constitucional dos direitos fundamentais da União contidos e concretizados em Diretivas.

Invocar direitos é tornar vivo o alcance normativo das disposições que constituem a União enquanto verdadeira União de Direito e é também instrumento necessário à ultrapassagem da «cortina de nevoeiro» que impede a concretização de tais direitos na esfera jurídica dos particulares. Como fizemos referência no resumo do nosso trabalho, julgamos que após a apresentação, ainda que breve, da jurisprudência mais impactante sobre o efeito direto horizontal, o TJUE revela alguma involução no seu percurso retornando à ortodoxia da teoria do efeito direto.

O diálogo entre direito e moral em Alexy e Posner – como ficam as contribuições jurídicas para as nanotecnologias?

PELLIN, Daniela[1]
ENGELMANN, Wilson[2]

RESUMO

Depreende-se que o sentido da moral social e religiosa, após a Segunda Guerra Mundial, esvaziou-se, e passou a recobrar os sentidos a partir da economia. Os efeitos da Guerra Fria, da globalização e da tecnologia afetam questões culturais, políticas e econômicas dos países. O conceito de moral foi alterado de lugar. Por detrás do Direito está a moral econômica. As nanotecnologias deverão ser enfrentadas sob esse viés. Portanto, pode a Análise Econômica do Direito ser estruturante para as nanotecnologias a partir da teoria dos princípios de Alexy e da eficiência em Posner, no Brasil? Como hipótese, a Análise Econômica do Direito deve estruturar o Direito das Nanotecnologias, pois, já inserida no sistema, bastando ser identificada pela pesquisa como um eficiente econômico e jurídico. Para isso, o objetivo específico é discutir a teoria dos princípios jurídicos e econômicos vistos em Alexy e Posner; e, como objetivo geral, enfrentar as questões da moral, sua transposição para a economia e consequentemente, para o Direito que justifique a Análise Econômica na estruturação jurídica das Nanotecnologias. Para a realização da pesquisa será utilizado o método sistêmico-construtivista e a técnica de pesquisa será a coleta de dados e revisão bibliográfica interdisciplinar.

PALAVRAS-CHAVES: Direito; Moral; Análise Econômica do Direito; Nanotecnologias.

[1] Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – Brasil/RS. Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Grupo de Pesquisa JusNano/CNPq/Brasil. Mestre em Direito da Sociedade da Informação. Especialista em Direito Empresarial. Professora. Pesquisadora. Advogada. Email: daniela.pellin@terra.com.br

[2] Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – Brasil/RS. Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da UNISINOS. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq/Brasil. Email: wengelmann@unisinos.br

ABSTRACT

It appeared that the sense of social and religious morality, after the Second World War, emptied, and began to regain consciousness from the economy. The effects of the Cold War, globalization and technology affect cultural, political and economic countries. The concept of morality has changed place. Behind the law is the economic morality. Nanotechnologies will be addressed under this bias. So can the Law and Economics theory be structuring for nanotechnology in Brazil apart from the Alexy's theory of principles and Posner's theory about efficiency? As a hypothesis, the Law and Economics has been enough to structure the law of Nanotechnologies, therefore already in the brazilian system, simply be identified by research as an economic and legal efficient. For this, the specific objective is to discuss the theory of legal and economic principles seen in Alexy and Posner; and, as a general objective, addressing the issues of morality, its transposition into the economy and consequently for the law to justify Economic Analysis in the legal structuring of Nanotechnologies. For the research will be used systemic constructivist method and the research technique will be data collection and interdisciplinary literature review.

KEYWORDS: Right; Moral; Law an Economics; Nanotechnologies.

1 Introdução

Uma avaliação mais detida, sendo essa a proposta das reflexões desse ensaio, é possível identificar que a moral humana sempre foi o ponto de partida, ou de saída, do homem, dos dilemas da vida, da morte e da sobrevivência: bem e mal; bom e ruim; justo e injusto; certo e errado; belo e feio; santo e profano; aprovável e reprovável; salutar e nefasto; ganhar e perder; matar e morrer. A moral é intrínseca, inerente ao homem; é sua parte integrante; é parte do seu todo completo: corpo, alma e espírito. Tudo o que o homem exterioriza, sozinho ou em sociedade, passa pela sua alma.

É nela que vemos seus elementos bem presentes: vontade, emoções e razão. Não é parte integrante do espírito, onde tem a chama da vida e a imagem do Criador; lugar onde acontece a fusão do Ser com o Ente, tornando-o completo e pleno, um ser excelente; lugar onde a existência toma sentido. É o pensar ético.

Zanni, do Departamento de Filosofia da Universidade Iberoamericana do México, ao tratar a necessidade de o homem recobrar seu Ser explicou que "lo ético

no es ya pura constructividad humana para arreglar el lugar del hombre em el mundo, sino es movimento del hombre que se 'da' al ser em correspondência al movimento del ser que se 'da' al hombre"[3].

O homem é capaz de sobreviver sendo corpo e alma, muito embora, o vazio do espírito o conduza à bancarrota existencial e à falta de sentido; o conduz à irracionalidade; fica desorientado. Trata-se de uma questão de escolha. Ao homem foi concedida a chance da escolha: ser pleno ou não. É onde reside o livre-arbítrio existencial; onde se aloja a responsabilidade individual com a dádiva recebida de viver; como viver e os resultados desse viver.

A alma e o espírito, juntos, em perfeita harmonia, conformam a natureza humana projetada pelo Criador, capacitam o homem a agir e a pensar conforme a expressão do seu Criador. O Ente é a referência, a bússola, o endereço de partida e de retorno; a margem de segurança; a razão de decidir. A razão é o portal de sua vinculação ou de sua separação. Por ela se achega ou se distancia do Ente.

Nesse sentido, os dados atuais mostram que os resultados promovidos pelo homem no percurso de sua existência, escolheu Ser. Esse Ser se realiza pelo excesso da técnica e a projeta, insaciavelmente, em todos os campos dos saberes racionais, a denotar que, por esses frutos, a irracionalidade acometeu toda a alma do homem e, consequentemente, toda a completude de sua conformação moral.

O recém relatório do Instituto de Pesquisas Econômicas Avançadas[4] - IPEA, no intuito de auxiliar os avanços nacionais, apresentou documento intitulado: Megatendências Mundiais 2030: o que entidades e personalidades internacionais pensam sobre o futuro do mundo?

A investigação sobre as perspectivas futuras envolveu áreas de população e sociedade; geopolítica; ciência e tecnologia, economia e meio ambiente.

O conteúdo estratégico do documento aponta, como norte geral, no sentido de que o futuro será marcado pelas incertezas. As megatendências em ciência e tecnologia serão marcadas pela economia da inovação, avanço científico e tecnológico transformando as sociedades movidas por automação, robótica, nano e

[3] ZANNI, Amedeo Orlandini. "El 'pensar' ético ante la nueva complejidad". IN: *Revista de Filosofia*, vol. 34, n. 102, México, set/dez, 2001; p. 406.
[4] IPEA. "Megatendências Mundiais 2030. O que entidades e personalidades mundiais pensam sobre o futuro do mundo? Contribuição para um debate de longo prazo para o Brasil". Organizadora Elaine C. Marcial. Brasília, 2015. Disponível em www.ipea.gov.br. Acessado em 10/07/2016.

biotecnologias, sendo certo que as tecnologias da informação e comunicação modificarão, substancialmente, além do que já está, as relações humanas.

Por outro lado, ilustram que a moral, dominada pela razão técnica é a bússola que norteia as decisões. No entanto, os caminhos escolhidos pela razão através do instrumental da técnica, estão a anos-luz de preencher o vazio do espírito e aproximar o homem de seu Criador.

Galimberti mergulhando em Prometeu Acorrentado, de Ésquilo, castigado por ter instruído os homens a apropriação da técnica e, portanto, do pensamento racional, aponta que a técnica é a razão que calcula e que aprisiona o homem, pois, "com a técnica, o homem se emancipa da divindade, porque obtém por si aquilo que, antes, era obrigado a implorar de deus[5]".

A razão é a responsável pelo esvaziamento do espírito e a deformação da alma. A deformação da alma é bem compreendida por Tomás de Aquino[6]. É a protagonista no cenário da existência humana em convencer o homem de que, para a existência, basta corpo e alma; o Ente é dispensável, pois abandonou a sua criação para viver só. A razão avoca a condição de conduzir o homem em segurança, com a garantia de lhe proporcionar todos os avanços necessários para o preenchimento do vazio do espírito, dispensando-o de maiores reflexões que não sejam as individuais e as de independência do Criador, sobretudo, da obstinação existencial de acabar com tudo o que foi criado pelo Ente, pois, é um ser ressentido.

Esse ressentimento é muito bem fotografado por Pondé[7], ao considerar que a humanidade está excessivamente individualista e, sobretudo, narcisista.

Diante disso, a razão é a grande vilã da história. Ela é capaz, habilmente, de negar a gênese. Ela é a fera a ser domada. É nela que deve ser despejada a força neutralizante da vontade da alma preencher o espírito e ser excelente à imagem do Ente; da paixão e amor incondicional de sentir-se pleno e completo no Criador; e do espírito acender, novamente, o sentido da vida. É ela a responsável pelos horrores e deformações na moral, sujeitando a vontade e as emoções à mesma irracionalidade. É nela que depositado está todo o dilema.

---

[5] GALIMBERTI, Humberto. *Psiche e Techne. O homem na idade da técnica*. São Paulo: Paulus, 2006, p. 270.
[6] AQUINO, Tomás. *A criação, a conservação e o governo do mundo.* São Paulo: Ecclesiae, 2014, p. 108.
[7] PONDÈ, Luiz Felipe. *A era do ressentimento. Uma agenda para o contemporâneo.* São Paulo: Leya, 2014.

Assim é que a moral deformada age, e sempre agiu, fortemente, sobre a sociedade, a economia, a política e a religião. Claro! São as vias pelas quais o homem se realiza no mundo. Esse é o seu universo de conformação natural! O Direito, como técnica desenvolvida pela razão dessa alma deformada, sempre foi servo fiel e, ainda presta exímio serviço em conformar a realidade a partir dessa deformidade. Qualquer tentativa de retorno é rechaçada pela razão.

Por isso, o Direito, como assistente imediato, sofre com os critérios de Justiça. O Direito está alojado na técnica da razão dessa moral sem prumo, e a Justiça reside no espírito, limpa e cristalina, sabedora da medida do prumo. Enquanto o homem não conformar a sua moral ao espírito, reencontrar o Ser com o Ente, certamente, os desequilíbrios históricos se perpetuarão até que seja exposta, de uma vez por todas, a nudez da sua moral e, com suas vergonhas a mostras, o homem possa retornar, em tempo de redimir-se, histórica e cientificamente.

Galimberti, por outra abordagem, sustenta que, se houver uma ampliação psíquica do homem a ponto de conseguir dominar a razão técnica, é hábil para evitar que ocorra o absoluto técnico e a técnica aconteça sem que o homem a saiba e, de condição essencial, promova sua extinção[8].

Nesse momento da pesquisa, basta deslocar a moral social e religiosa jazida no esquecimento histórico para o *locus* da economia, de forma nua, limpa e cristalina para que seja possível ao homem encontrar algum limite e equilíbrio no enfrentamento das questões jurídicas atinentes às nanotecnologias e, com isso, deixando a hipocrisia de lado, alcançar, limites às irracionalidades que, por ventura, tenha inclinação. A ciência, se socorrendo dos diálogos interdisciplinares e dos dados, talvez, ainda sirva para isso.

2 O pretexto da moral ortodoxa do capitalismo e o contexto para a moral radical desse início de século

Por uma questão de recorte metodológico, o marco histórico epistemológico à análise do objeto é o do Pós Segunda Guerra Mundial e as alterações significativas que houve nas sociedades espalhadas ao redor do globo, sendo a mais marcante, a pseudo decadência do capitalismo como sistema econômico dos povos da Europa Ocidental e América, diante do resultado catastrófico para as gentes e governos.

[8] GALIMBERTI, Humberto. *Psiche e Techne. O homem na idade da técnica*. São Paulo: Paulus, 2006, p. 828-829.

A partir da Segunda Guerra, o capitalismo, por alguns, foi repensado, por outros, reforçado. Pelos países do chamado "Terceiro Mundo", eclodiu a luta pela emancipação política e, como consequência, a independência econômica.

Os quinze anos que se seguiram logo após o término da guerra foram de grandes acomodações internas nos países, em especial, os hegemônicos, europeus e Estados Unidos. Na maioria dos países europeus, os partidos socialistas, social-democratas e comunistas tornaram-se mais conservadores e retomaram as estruturas básicas da sociedade e da economia, defendendo a melhoria de vida dos trabalhadores. Já, nos Estados Unidos, o sistema foi retomado com agressividade, acentuando políticas violentas de combate ao comunismo, Guerra Fria e expansão da repressão social, política e intelectual, cujos resultados foram a quase destruição dos movimentos radicais e socialistas nas organizações sindicais e nas universidades[9].

Mas os resultados foram completamente adversos e os Estados Unidos soergueram-se como a grande potência bélica e econômica mundial, expandindo-se como imperialista.

Os países capitalistas foram fortemente abalados entre 1960 e 1970, devido ao aumento das crises social, econômica, política e ideológica internas, representadas pelo alto índice de desemprego, inflação crônica, crises monetárias, inclusive, nos Estados Unidos, com movimentos pelos direitos civis, revoltas nos guetos urbanos, movimentos contra a guerra, descoberta de escândalos de fraudes no governo. Com isso, foi destruída "a convicção de muitos de que os governos capitalistas serviam ao povo de forma neutra, benevolente e democrática, interessados apenas em maximizar o bem-estar da população e promover a paz, a harmonia e a fraternidade em todo o mundo"[10]. Discurso esse ideologizado pela ciência econômica ortodoxa (hiperracionalidade lucrativa) de visão utilitarista (o fetiche do consumo).

Nesse cenário de sentimento de fracasso, recobraram forças as críticas ao capitalismo de Marx e Veblen, as quais eram estudadas nas escolas de Chicago e da Áustria. Com isso, surge a escola da economia política crítica (radical), 1960, que incluía nas análises dos preços e dos lucros, a teoria do valor trabalho[11].

---

[9] HUNT, Emery Kay. *História do pensamento econômico. Uma perspectiva crítica.* 2º reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 472.

[10] HUNT, Emery Kay. *História do pensamento econômico. Uma perspectiva crítica.* 2º reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 473.

[11] A teoria do valor trabalho representa uma medida invariável de valor em qualquer sistema capitalista, mas, rejeitada pelos economistas ortodoxos, pois, não está na base do lucro nem do excedente, da

Explica Hunt que uma das diferenças mais marcantes entre a ciência econômica ortodoxa e a radical reside, justamente, no fato de que, a primeira pensa que o homem econômico, racional e maximizador, explica todo o comportamento humano, enquanto a segunda, entende que, a economia deve ser estudada a partir dos aspectos econômicos, psicológicos, sociológicos e políticos da sociedade, pois, tudo está inter-relacionado. "Nenhum aspecto da sociedade pode ser adequadamente apreendido ou entendido isoladamente de seu lugar na totalidade orgânica de toda a sociedade[12]".

Ao longo da história, desde as primeiras conformações sociais econômicas, o utilitarismo econômico, enquanto ideologia do capitalismo ortodoxo, predominou como razão de decidir; estabeleceu a estrutura de classes, se apoiou no monopólio dos capitalistas sobre a propriedade dos meios de produção, que resultou em uma extrema desigualdade na distribuição de renda, capaz de gerar instabilidade e estagnação; propiciou ambiente para a irracionalidade e o caos que sempre caracterizam seu funcionamento, mitigados pelas intervenções governamentais[13] de contenção.

E mais. O capitalismo avançou exponencialmente pelos territórios dos países do "Terceiro Mundo", hoje, identificados como "em desenvolvimento", para se livrar dessa irracionalidade e do caos, que são compreendidos pela absorção dos excedentes, da mais-valia, do excesso de produção. Esse fato é marcado pelo imperialismo econômico dos Estados Unidos[14] e a dominação desses países, dentre eles, cristalinamente, o Brasil.

---

mais-valia. As análises de Marx sobre a natureza e estrutura de classes do capitalismo e a natureza e as origens do lucro exigem os conceitos de valor e de mais-valia.

[12] HUNT, Emery Kay. *História do pensamento econômico. Uma perspectiva crítica.* 2º reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 482.

[13] "Dada a substancial influência dos capitalistas nos governos, o governo gasta e, portanto, absorve o excedente de maneiras que promovem as desigualdades de riqueza e de renda vigentes, ou pelo menos não interferem nelas". IN: HUNT, Emery Kay. *História do pensamento econômico. Uma perspectiva crítica.* 2º reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 486)

[14] "Os EUA instalam e mantêm (econômica e militarmente) em numerosos países do Terceiro Mundo governos impopulares, corruptos e brutais; esses governos representam os interesses de reduzidas elites locais e de grandes empresas multinacionais; esses governos adotam políticas que frequentemente pioram uma já obscena desigualdade na distribuição da riqueza e da renda vigente nesses países; eles mantêm seu controle impopular e repressivo pelo uso amplo e sistemático do terror, da tortura e do assassinato contra qualquer cidadão que seja suspeito de críticas do governo. O governo dos EUA auxilia direta e indiretamente e apoia (e até ocasionalmente dirige e supervisiona) esses procedimentos, sempre em nome do combate ao 'comunismo' e da defesa da 'democracia'. IN: HUNT, Emery Kay. *História do pensamento econômico. Uma perspectiva crítica.* 2º reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 488.

Depreende-se, portanto, que a escola econômica clássica, de orientação utilitária nunca foi despretensiosa de valores, ausente de sentimentos, de observação empírica do comportamento do homem, individual e coletivamente. É a partir da compreensão desse homem, do comportamento social, que a doutrina econômica foi elaborada para a maximização lucrativa. Foi feita uma escolha histórica racional da metodologia econômica. Nesse sentido, Hunt menciona que "a maioria dos economistas clássicos e todos os neoclássicos embasam sua teoria econômica numa concepção utilitária, hedonista, da psicologia e da ética humanas[15]".

O utilitarismo tem sua defesa intelectual para conformar o sistema social sob dois argumentos: i) os sentimentos, as emoções, ideias, padrões de comportamento e desejos são tidos como metafisicamente dados, por isso, não são levados em conta pela administração financeira e econômica; ii) os desejos humanos são considerados independentes das interações sociais e a satisfação deles se dá pela via do consumo de mercadorias; o bem-estar humano depende da satisfação desses desejos, individualmente.

Já a escola econômica radical tem em sua defesa intelectual que: i) os desejos humanos são determinados, em boa parte, socialmente, e a satisfação deles pode ou não aumentar o bem-estar humano; ii) que a produção é um fenômeno social em que nenhuma pessoa pode ser responsabilizada pelo todo produzido; iii) que a destinação dos produtos ao consumo é determinada socialmente, podendo ser benéfica ou prejudicial ao bem-estar humano, assim, definidos pela própria coletividade, que se apropria das regras de mercado.

Constata-se que ambas as escolas estão a considerar o homem e o atendimento de suas necessidades, individuais e sociais, sobretudo, depreende-se que tipo de homem pretendem atender: a ortodoxa, preocupada em satisfazer o homem pela metade (alma) porque com isso consegue maximizar lucros, entendendo que esse ser é esvaziado de sentido; a radical, preocupada em atender o homem na sua plenitude (alma + espírito), entendendo que esse ser pleno não se preenche com mercadorias, mas com o sentido de sua existência.

Trata-se de um paradoxo recente para a economia, mas antigo para as ciências filosóficas e sociais, podendo representar a possibilidade de rompimento e emancipação.

---

[15] HUNT, Emery Kay. *História do pensamento econômico. Uma perspectiva crítica.* 2º reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 489.

Para o outro lado do paradigma Hunt conclui seu trabalho crítico sustentando que o conceito de bom para os seres humanos e de seu bem-estar, consiste nas estruturas da vida social e que cada um seja considerado como fim em si mesmo. Assim, é possível identificar um desejo universal de que cada pessoa alcance o máximo de sua auto - realização (biológica, emocional, intelectual, criativa e estética) e uma preocupação unificada consigo mesmo que reflete, diretamente, no outro.

Por tal contextualização sumária e rasa, é possível perceber que o sistema capitalista deu certo e uma produção infindável de tentáculos sistêmicos e de produtos ao consumo, não é capaz de saciar o homem que reclama mais satisfação à sua insatisfação, desapercebendo-se que é existencial. Com isso, todo o sistema global caótico está -falsamente – justificado e é tido como padrão de normalidade do qual derivam todas as implicações dos sistemas que são pensados, a partir de então.

Muito embora, pareça uma escolha impossível de romper, porque o sistema arraigou suas verdades como absolutas, muitos multiplicadores são encontrados resistindo ao que aí está e o Direito, mais uma vez, é o servo fiel da razão que se permite ser usado como ferramenta da moral que, por sua vez, ostenta a política e a economia como pano de fundo e a justiça como moldura. É, de fato, por onde tudo o que é pensado é materializado, na prática. É hábil para sair da compreensão e se efetivar no chão da sociedade.

Nessa seara de reflexões, para a juridicização dos fatos sociais, políticos e econômicos que permeiam as nanotecnologias, imprescindível que o Direito, de forma limpa e honesta, mas, sobretudo, parcial, ao lado da moral excelente e do capitalismo radical, dê contribuição estruturante e reveladora de uma nova ordem social: o homem como fim de todo desenvolvimento. Esse é o princípio estruturante da moral social e econômica que o Direito deverá pensar. Sim, deverá servir à moral social e econômica pois, ambas estão fundidas.

O Direito a serviço da moral social causa prejuízo econômico à sociedade; a serviço da economia, como já vimos, causa problema social. Então, a conclusão, partindo de uma moral excelente, é estabelecer como razão de pensar, a moral social fundida com a econômica e, depois, a política, porque a economia e a política, também estão fundidas entre si. Assim, Engelmann menciona que os princípios são a base do

pensar[16] e a razão de decidir; uma moral excelente para um bom início de juridicização é escolher o princípio pelo qual todo pensamento jurídico irá perpassar.

3 O diálogo entre Alexy e Posner a respeito da eficiência da moral socioeconômica e jurídica para o enfrentamento do Direito das Nanotecnologias

É no campo dos princípios que reside a moral estruturante, fundamental. A lei, por sua vez, é a expressão da razão prática, que se realiza a partir da técnica. A justiça, de outra borda, fica nas impressões do espírito – muito distante! - e, portanto, não tem parte com a moral, muito menos com a lei. O Direito, em toda sua complexidade estrutural de fontes, é o administrador técnico desse cenário repartido da conformidade humana, que se reflete na conjuntura social, *locus* do agir do Direito, como consequência, lugar histórico de revolver-se com os ideais da Justiça. Impossível, pois não tem parte com ela, ela está no Ente e o homem e sua moral estão alojados no Ser.

Como laboratório, o capitalismo radical deverá se infiltrar nos princípios estruturantes do Direito das Nanotecnologias, a fim de que as fontes possam ser elaboradas a partir dessa fusão entre economia e Direito e alcançar a eficiência social. Para Engelmann que entende que os princípios são a razão de pensar a sociedade, o Direito e a Justiça, salienta que, no perfil, eles têm caráter polêmico e polissêmico e que "pode-se dizer que os mesmos representam as linhas gerais do Direito, responsáveis pela formação do sistema jurídico[17]".

O norte dos princípios que orienta, ou deveriam orientar o Direito, no Brasil, estão sistematicamente catalogados na Constituição da República, dos quais, todos os demais, a partir dela, estão ou deveriam estar, a ela, sujeitos, pois, é nela que estão contidas as razões de pensar o país.

E mais. É possível diagnosticar um princípio nacional muito maior, de prospecção interna e externa, que é o contido na bandeira institucional do país: ordem e progresso. Essas duas palavras significam que o país está, claramente, assentado em dois princípios estruturantes: social e econômico. Essa compreensão é possível tendo em vista o local histórico de suas afirmações e o andar da história, até aqui.

[16] ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 88.
[17] ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 95.

Portanto, já, em 1988, o Brasil assumia a posição de alavancar todo o processo social a partir da economia, possível de verificar, também, da leitura atenta do preâmbulo e do artigo 1º, os quais convalidam a intenção flamular.

Contudo, se nesse momento forem adotadas como regras de todo o sistema social, jurídico, político e econômico a compreensão do princípio maior que é o da fusão social e econômica, e essa razão de pensar for capaz de refletir no dia-a-dia do país, certamente se, e somente se, de forma adequada, haverá uma harmonia capaz de instaurar a eficiência em todos os setores. E, na esfera jurídica não é diferente, senão, essencial, pois faz parte de uma das esferas de poder político do país, que também está debaixo dessa moralidade.

Engelmann, de forma coerente com a proposta defende que princípios fundamentais secundários – a moral econômica, no caso - revelam as orientações do pensamento[18]. A bem da verdade, seria uma emancipação do Direito admitir a interferência da moral no seu quadro anêmico de fontes. É possível perceber que isso se dá em decorrência da asfixia sintomática causada pela razão técnica que não admite, e sequer permite, que o homem retorne às impressões do espírito e da Justiça, cujo caminho é a moral sã.

A isso Engelmann chama de “norma de clausura do sistema de liberdades”, que é compreendido como sendo “a liberdade jurídica como a garantia institucional da liberdade natural, de modo que qualquer limitação que possa ser lançada sobre esta, caracteriza-se como uma restrição à liberdade jurídica e, desta forma, aos direitos fundamentais[19]”.

E é nessa conta de soma 10 na eficiência, que os pensamentos de Alexy e de Posner auxiliam nessa reorganização jurídica de pensar o Direito das Nanotecnologias. Alexy estuda as regras jurídicas fundamentais para alcançar a eficiência social, que têm como pano de fundo, a eficiência econômica; e Posner, a partir da eficiência econômica, mostra como alcançar a eficiência social.

---

[18] Na construção do pensamento das categorias dos princípios, Engelmann parafraseia Aulis Aarnio e a leitura que faz de uma das categorias é a dos princípios extra – sistêmicos, que são aqueles de conotação extrajurídica e de caráter moral que devem ser levados em considerados no universo jurídico e têm função de orientar o pensamento jurídico e os seus significados ideológicos. IN: ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 98;103.

[19] ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 102.

Na proposta de Alexy, os princípios dialogam de forma harmônica e exponencial com as regras jurídicas para fechar a completude normativa. Princípios e regras fazem parte da categoria-gênero norma. Os princípios, para ele, otimizam, da melhor maneira possível, o sistema de normas; proporciona qualidade ao Direito, são "mandatos de otimização"[20].

Ora, otimizar significa proporcionar eficiência na aplicação do Direito, a partir dos princípios. Por sua vez, otimização está relacionada a sinônimos como pró-atividade, movimento adiante, avanços, saltos qualitativos, alavancagem de qualidade, signos estes de conotação de resultados positivos, maximização de riquezas sociais[21]. O próprio Alexy[22] se socorre de operações lógicas da matemática para conferir eficiência à aplicação do peso concreto dos princípios de sua teoria, como se depreende do Posfácio escrito em 2002, de sua obra de 1986, almejando, com isso, critérios.

Assim, é possível fazer a leitura da teoria de Alexy de que, se o Direito positivo não é eficiente para atender às demandas sociais, dada a impossibilidade de subsunção universal, os princípios como razão de pensar e orientar o Direito devem ser vivificados como critérios para promover a máxima eficiência na solução das pendências jurídicas, estando ou não previstos na Constituição Federal, positivados ou não. E, se os princípios fundamentais contêm a moral socioeconômica, maximizar o Direito significa conformar essa realidade.

Ao entender a teoria de Alexy, Engelmann diz que "tomando-se em conta esses argumentos (os acima expostos), cabe observar que não são os princípios que apresentam a 'dimensão de peso', mas as razões e os fins aos quais eles fazem referência[23]".

Richard Posner[24], por sua vez, mas por outro caminho, salienta que a teoria da análise econômica do direito se predispõe a maximizar riquezas sociais e, portanto,

---

[20] Engelmann explica que os mandatos de otimização se caracterizam pelo fato "de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida de seu cumprimento não depende apenas das condições reais, mas também das jurídicas". (2001,108)

[21] O conceito de maximização de riquezas difere, em muito, de maximização de lucros. Conforme Posner, trata-se da doutrina jurídica-econômica que analisa a relação custo-benefício para orientação das decisões judiciais. Não se trata de análise financeira, envolvendo perdas e ganhos pecuniários, mas, sim, sobretudo, a eficiência das normas que inclui ganhos ou perdas não pecuniárias.

[22] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais.* 2º ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 575-627.

[23] ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 109.

[24] POSNER, Richard. *A economia da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XV.

tornar o direito eficiente. Para isso, não é possível sói acontecer sem a economia servir de baliza para o direito – tudo gira em torno do dinheiro! -. Com isso, não se está a ideologizar a pesquisa - de direita ou de esquerda (*sic)* – mas, que os poderes da República precisam ser eficientes, já que são democráticos.

Denota-se que, ambas as teorias foram elaboradas a partir do contexto da moralidade social, política e econômica.

Alexy, jurista alemão, cuja Constituição de Weimar é um arcabouço de intenções em recuperar os efeitos negativos da moral do país por causa da Segunda Guerra Mundial; recheada de padrões de distribuição social igualitária por um Estado paternalista e cheio de bondades. Ao Estado, resta a condução do povo. Do outro lado, Posner, americano, de Constituição Liberal e eminentemente econômica; recheada de padrões igualitários de responsabilidades individuais que conformam um todo produtivo; cada cidadão é emancipado à condição de corresponsável com o crescimento do país, que se dá pela via do trabalho duro; basta ler o discurso de Benjamin Franklin em Max Weber[25] sobre A ética protestante e o espírito do capitalismo. Ao Estado resta a condução política.

Posner[26], não avesso ao panorama geral brasileiro, diz que a abordagem econômica e jurídica tem suas contribuições a dar para o Brasil: i) formação dos juízes; ii) o fato de o país estar em desenvolvimento; reconhece que os juristas brasileiros, muito preocupados com metodologias conservadoras, têm dificuldades no enfrentamento do direito como fator político, impedindo o avanço da discricionariedade judicial e a permeabilidade do processo judicial por outras disciplinas, a exemplo da economia.

Assim, a partir das duas teorias convergentes é possível construir algo jurídico nacional relevante para tratar o Direito das Nanotecnologias, levando-se em conta, conceitos de eficiência jurídica e econômica inseridas nos princípios, os quais não podem dispensar itens de moralidade responsável, que a teoria da Análise Econômica do Direito pode incutir.

Para Posner a teoria é sistêmica quando diz que “a estrutura econômica implícita no *common law* em diversos estudos das normas e instituições jurídicas, bem

[25] WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo.* São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 42-44.
[26] POSNER, Richard. *A economia da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XVII.

como análises dos procedimentos e das decisões judiciais[27]" parte da análise econômica do direito.

A Análise Econômica do Direito pretende romper com a razão técnica do sistema ortodoxo de capitalismo. É através da racionalidade limitada que se alcança a eficiência jurídica e econômica e se maximiza as riquezas sociais. O valor agregado a ser computado está no bem-estar do indivíduo e sua auto - realização, o que difere, em muito, da massificação do consumo, sustentado pela economia clássica.

A teoria rompe com o sistema quando trava a batalha entre valor e preço[28].

Grau[29] tratando do aspecto em comento da Constituição Federal, diz que o país escolheu o sistema capitalista para desenvolver-se, e como modelo de operar esse sistema, rejeitou a economia liberal - a ortodoxa - e, optou pela intervenção do Estado na economia - o neoliberalismo. E que o faz a partir dos princípios que mostram toda a ideologia por detrás da textura harmônica dos princípios constitucionais. Prossegue para esclarecer as ambiguidades possíveis, dizendo que o país é Estado Democrático de Direito e não Estado de Direito social; com isso, a busca pela realização do bem-estar cabe à sociedade e ao Estado.

Portanto, como derradeiro, pode concluir-se que, quer pelo viés do sistema de legislação codificada, quer pelo viés do sistema do *common law*, ambos pretendem conformar as pendências sociais pela moralidade econômica, cuja racionalidade o Brasil não pode escapar. Portanto, muito mais salutar será considerar, honestamente, a possibilidade de pensar o jurídico através dos princípios econômicos e vice-versa, justamente, para conseguir o equilíbrio que, há muito, vem lutando polimizar.

4 Conclusões

É a partir de uma inquietação sistêmica que a pesquisa partiu e as nanotecnologias, um de seus aspectos.

De um lado, a técnica do Direito insuficiente e ineficiente para atender às demandas que gravitam em torno das nanotecnologias, que coloca em risco a

[27] POSNER, Richard. *A economia da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.8.
[28] "Embora o conceito de valor seja inseparável do de mercado, valor não é o mesmo que preço. O preço de uma mercadoria é o valor desta para o consumidor marginal, e os consumidores intramarginais a valorizarão mais alto, no sentido de que estariam dispostos a pagar um preço mais alto por ela. IN: POSNER, Richard. *A economia da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 73.
[29] GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 17º ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 304-307.

sociedade e favorece a exploração econômica na forma clássica, pois está inserido em aparente crise existencial pelos juristas de plantão.

De outro, a necessidade de recolocar as questões morais, políticas e econômicas dentro desse cenário jurídico para conseguir estruturar um Direito das Nanotecnologias que não postergue essa ineficiência e insuficiência.

Então, foi a partir da investigação da moral econômica que o dilema foi resolvido, que permite avançar no tratamento jurídico dos riscos e avanços nanotecnológicos. Inclusive, possível estruturar um Direito das Nanotecnologias sem hipocrisia.

Para isso, revolver a história econômica, política e social foi necessária para desnudar a moral, que sempre foi econômica e esteve presente o tempo todo no Direito, tanto positivo, constatado estudando os princípios na teoria de Alexy, quanto no sistema do *common law,* na teoria da Análise Econômica do Direito, em Posner, colimando na análise no artigo 170, da Carta Política Nacional.

Para resolver a problemática, a partir dos dados e da revisão bibliográfica interdisciplinar, confirmou-se a hipótese de que a Análise Econômica do Direito é suficiente para estruturar o Direito das Nanotecnologias e, nesse modelo deve ser todo o pensamento jurídico perpassado por princípios ideológicos, de moral excelente e de valor agregado.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2º ed. 4º tiragem. Malheiros. São Paulo, 2015.

AQUINO, Tomás. *A criação, a conservação e o governo do mundo.* Ecclesiae. São Paulo: 2014.

ARISTÓTELES. *Os econômicos.* Imprensa Nacional-Casa da Moeda. Lisboa, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos s sério.* Martins Fontes. São Paulo, 2014.

ETZKOWITZ, Henry. *Hélice Tríplice: universidade-indústria-governo: inovação em ação.* EDIPUCRS. Porto Alegre, 2009.

GALIMBERTI, Humberto. *Psiche e Techne.O homem na idade da técnica.* Paulus. São Paulo, 2006.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In* TIMM, Luciano Benetti. (org) *Direito e Economia no Brasil.* Atlas. São Paulo, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 17º ed. Malheiros. São Paulo, 2015.

HUNT, Emery Kay. *História do Pensamento Econômico. Uma perspectiva crítica.* 2º reimpressão. Campus. Rio de Janeiro, 2005.

IPEA. *Megatendências Mundiais 2030. O que entidades e personalidades mundiais pensam sobre o futuro do mundo? Contribuição para um debate de longo prazo para o Brasil*. Organizadora Elaine C. Marcial. Brasília, 2015. Disponível em www.ipea.gov.br acessado em 10/05/2016.

PONDÉ, Luiz Felipe. *A era do ressentimento. Uma agenda para o contemporâneo.* Leya. São Paulo, 2014.

POSNER, Richard. *A economia da Justiça*. Martins Fontes. São Paulo, 2010.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo.* Companhia das Letras. São Paulo, 2004.

WENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, Regras e o Conceito de Direito.* Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2001.

ZANNI, Amedeo Orlandini. *El "pensar" ético ante la nueva complejidad.* Revista de Filosofia. Volume 34. nº 102, set/dez. México, 2001.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. (org) *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações.* 2º reimpressão. Campus. Rio de Janeiro, 2005.

Análisis sobre el rol de las mujeres en la construcción de paz. Caso de estudio: las mujeres liberianas en la Segunda Guerra Civil de Liberia.

Sandra Heras Contreras[1].

Resumen: El aumento de la participación de las mujeres en los procesos de construcción de paz viene siendo una de las demandas más repetidas en los últimos años. Los porcentajes oficiales muestran una desigualdad en el número de hombres y mujeres que participan en las negociaciones de paz, beneficiando a los primeros y perjudicando a las segundas al constatarse una menor presencia femenina en los puestos de toma de decisiones.

Pese a esto, las mujeres sí desempeñan un papel fundamental en los primeros movimientos por la paz, si bien son apartadas cuando dichos movimientos se vuelven más sólidos. Las madres argentinas, las mujeres norirlandesas o las mujeres somalíes son ejemplos de cómo pequeñas agrupaciones femeninas en pro de la paz terminan por alcanzar una repercusión tal, que las hace posicionarse como propulsoras del inicio de las negociaciones para la paz.

En el presente trabajo analizaremos las principales causas por las cuales las mujeres tienen una escasa participación en los procesos, a niveles de toma de decisión, de construcción de paz, y presentaremos de manera esquemática uno de los casos que consideramos más singulares: el rol desempeñado por las mujeres liberianas en la segunda guerra civil que asoló el país africano.

Palabras clave: género, conflicto, mujer, paz, Liberia

INTRODUCCIÓN

Tras el estallido de un conflicto armado la construcción de paz y estabilidad en la zona y población afectada, se vuelve un periodo arduo y complicado que precisa de la intervención de todos los afectados. Sin embargo es en este punto, en el proceso

[1] Graduada en Historia por la Universidad de Salamanca. Máster en Relaciones Internacionales y Estudios Africanos por la Universidad Autónoma de Madrid. Iniciando estudios de doctorado sobre Género, Identidad y Ciudadanía por la Universidad de Cádiz.
Dirección de contacto: sandra.heras.c@gmail.com

de construcción de paz, en donde la participación de las mujeres se vuelve escasa, nula o se contempla una estratificación de la misma. Si bien el fin de la Guerra Fría vino acompañado de un aumento del estudio de los conflictos y de la paz[2], al mismo tiempo que la misma concepción de conflicto se contemplaba como una oportunidad para el cambio[3], las mujeres siguieron sin copar los puestos de toma de decisión en las negociaciones de paz.

Tradicionalmente la división social en base al género ha perfilado los diferentes roles que debían desempeñar los hombres y las mujeres, siendo reservados el espacio público para los primeros y el privado para las segundas. De este modo, la palabra 'género'[4] adquiere una relevancia fundamental en el momento de estudiar la inclusión de las mujeres en los procesos de construcción de paz.

En los siguientes apartados se llevará a cabo, desde una perspectiva de género, un análisis de las aportaciones procedentes de las teorías feministas sobre el análisis de conflictos y de la construcción de paz, resaltando especialmente los estereotipos implicados en este ámbito. Por último presentaremos el caso concreto de la actuación de las mujeres liberianas en la segunda guerra civil que asoló el país africano.

1. Reivindicar la perspectiva de género

Quedando su presencia relegada al ámbito doméstico y familiar, las mujeres han luchado porque sus voces sean escuchadas más allá del espacio tradicionalmente designadas para ellas, especialmente en lo relacionado con temas de guerra y paz. La posición de las mujeres queda alejada de las esferas de poder siendo vistas como simples víctimas del conflicto, lo que afianza, como manifiesta Amani El Jack, "la construcción de las identidades de las mujeres en sus roles de género como 'madres' y 'guardianas de la cultura'"[5], hecho que refuerza el estereotipo de la mujer víctima y desvalida. En esta misma línea, la autora señala que la construcción de paz tiende a ser percibida como el lado "feminizado" tras el conflicto, ligándose la actuación de las mujeres con servicios de atención primarios y al cuidado de los más débiles, y por el

[2] VILLELLAS ARIÑO, María. *La participación de las mujeres en los procesos de paz. Las otras mesas.* Barcelona: Institut Català per la Pau, 2010, p. 11.
[3] GALTUNG, Johan. *Conflict Transformation by Peaceful Means (the Transcend Method)*. United Nations, 2000.
[4] El termino género se refiere a las diferencias entre hombres y mujeres en base a construcciones sociales, mientras que el uso del término 'sexo' trata de las diferencias biológicas entre ambos.
[5] EL JACK, Amani. *Género y conflictos armados. Informe General.* Brighton: BRIDGE Development Gender, 2003, p. 12.

contrario, el papel desempeñado por los hombres se asocia con el mantenimiento de la paz, entendido éste como el deber de vigilar el orden y la protección de los civiles –especialmente de mujeres y niños-[6].

Según J. Ann Tincker, la exclusión de las mujeres de las posiciones de negociación refuerza la vinculación entre el hombre y la violencia, valiéndose éstos de la guerra y del propio Estado[7] para ejercer su rol dominante sobre las mujeres. Las guerras comienzan y terminan por los hombres, y son ellos quienes se enfrentan "en nombre de las mujeres y los niños", entretejiendo una red de nación-militarismo-virilidad[8], hecho que facilitó la construcción estereotipada de la mujer como un ser pacífico, reforzando su rol de madre y reduciendo su margen de acción al ámbito privado. Elise Boulding habla de la participación de las mujeres en la construcción de paz como una "contribución especial" tras años de experiencia a través de redes transnacionales que han construido una sensibilidad colectiva hacia la lucha contra el sexismo, la guerra y la desigualdad[9]. De esas redes también se hacen eco Susan McKay y Dyan Mazura cuando exponen que las movilizaciones de las mujeres son "con frecuencia personal, interpersonal, creativo y político", tratándose de grupos que por lo general trabajan "a través de redes y coaliciones mediante las que las mujeres se reúnen para planear estrategias, ganar energías, y presionar por una paz a niveles regionales y globales[10]."

De este modo la mujer, al no ser tradicionalmente un partícipe en el campo de batalla ni en la política de alto nivel y al no desempeñar un papel destacado en las fases de reconstrucción de paz, se las considera poco preparadas para atender este tipo de reuniones, lo que las hace buscar otras vías para influir en las decisiones.

Otro de los aspectos que se han subrayado desde las teorías feministas ha sido la ausencia de la propia perspectiva de género en las negociaciones de paz, tanto en

---

[6] EL JACK, Amani. *Género y conflictos armados...* Op. cit., pp. 34, 35, 36.
[7] TICKNER, J. Ann. *Gender in International Relation. Feminist Perspectives on Achieving Global Security*. New York: Columbia University Press, 1992, p. 12.
[8] YUVAL-DAVIS, Nira. *Género y nación*. Lima: Centro de la mujer peruana Flora Tristán, 2004.
[9] BOULDING, Elise en GBOWEE, Leymah y DISNEY, Abigail. "Gender and sustainable peace" en COLEMAN, Peter T. (ed.). *Psychological components of sustainable peace*. New York: Springer science business, 2012, p. 199.
[10] McKAY, Susan y MAZURA, Dyan en "Gender peacebuilding" en CHRISTIE, Daniel J., WAGNER, Richard V., y WINTER, Deborah.A. (Eds.). *Peace, conflict and violence: peace psychology for the 21st century.* New Jersey: Prentice-Hall, 2001, p. 6, disponible en http://u.osu.edu/christie/files/2014/10/Chapter-29-Gendering-Peacebuilding-McKay-Mazurana-2eyrwmr.pdf [Consultado: 16 de septiembre 2016].

lo referente al análisis del conflicto como del posconflicto; esta situación perjudica la visión global del estudio ya que el resultado arroja "análisis parciales e incompletos"[11] que dan como resultado una única mirada que corresponde a la concepción masculina, lo que estimula a que la construcción de la nueva sociedad posconflicto nazca "bajo la tendencia a la universalización de los referentes masculinos"[12].

Según los datos recogidos por Naciones Unidas sobre los 31 procesos de paz más relevantes[13] firmados entre los años 1992 – 2011, el porcentaje de mujeres signatarias fue del 4%, un 3,6% participaron como testigos y un 9% lo hicieron como negociadoras. No obstante, la presencia de mujeres en todos los equipos de mediación de Naciones Unidas aumentó en un 86% con respecto al 2011, participando una mujer en 6 de 9 procesos de paz llevados a cabo en 2012; además, en 2013 el 88% de los procesos de restauración de paz contaron con el apoyo de personal especializado en cuestiones de género, suponiendo un aumento gradual ya que en 2012 fue del 85% frente al 36% de 2011.[14] En los últimos años es especialmente remarcable el proceso de paz colombiano donde las mujeres y la perspectiva de género han participado y, de un modo más o menos directo, se han integrado en los acuerdos finales[15].

Centrándonos en África podemos destacar el acuerdo de paz de Sierra Leona (1999), el cual contó con un 20% de mujeres que actuaron como testigo del mismo, y el acuerdo de Burundi (2000) donde la participación de las mujeres dentro de los equipos de negociación fue del 2%; en el caso de RD del Congo (2003) el 5% de los signatarios y el 12% del equipo de negociación eran mujeres, mientras que en Liberia (2003) las mujeres participaron en el equipo de negociación siendo un 17% de la misma. El acuerdo de paz de Somalia de 2008 tuvo la participación de un 10% de

[11] VILLELLAS ARIÑO, María. *La participación de las mujeres en los procesos de paz…* Op. cit., p. 18.
[12] MAGALLON, Carmen. *Mujeres en pie de paz*. Madrid: Siglo XXI, 2006, p. 173.
[13] Listado disponible en ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES. *Participación de las mujeres en las negociaciones de paz: relaciones entre presencia e influencia*. ONU Mujeres, 2012, pp. 4, 5.
[14] Datos recogidos del Informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad de 2014, disponible en http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2014/693 [Consultado: 16 de septiembre 2016]
[15] Por ejemplo podemos destacar la Ley 1257 aprobada por el Congreso de Colombia. "Ley 1257. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones". <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html> [Consultado: 16 de septiembre 2016].

mujeres como testigos frente a la nula participación de éstas en el acuerdo de 2002. Esta cifra se dobla y triplica respetivamente en los acuerdos de Uganda y de Kenia, ambos llevados a cabo en 2008[16].

Como podemos intuir, las mujeres deben vencer diversos obstáculos derivados del propio conflicto, del entramado institucional, de las relaciones económicas o de la propia cultura. Esto supone un desafío constante que hizo que las mujeres, tras años de exclusión en las posiciones de poder, idearan iniciativas para participar en el proceso, principalmente mediante movimientos no-violentos y desde niveles locales, iniciativas que tienden a tener un carácter más informal pero que ascienden hasta conseguir incidir en quienes están en posición de toma de decisiones. J.H. Stiehm esquematiza esto como un "efecto goteo"[17] durante el cual la paz llega desde los niveles más altos a los más bajos; en ese efecto "persisten dos suposiciones […] La primera es que se da por supuesto que la paz «descenderá poco a poco» sobre las mujeres como resultado de las deliberaciones a altos niveles de los hombres, y la segunda es que existe una contracorriente, es decir, que si bien las mujeres están admitidas en este momento en los niveles más bajos de participación formal en los procesos de paz, con los años «ascenderán poco a poco» hasta que todo cambie después de una generación"[18]. El problema es que con el paso del tiempo generacional no se ha producido ese ascenso, persistiendo ese "techo de cristal" que hace que las negociaciones carezcan de una perspectiva de género, e incluso, que en ciertas ocasiones se llegue a pensar que la presencia de mujeres responde a una demanda internacional[19] por una mayor igualdad de género.

Por último, otro hecho que se ha destacado de la inclusión de las mujeres en los procesos de paz es la propia concepción del significado de 'paz', cuestionada desde la óptica feminista en lo referente al tipo de paz que se establece tras el conflicto. La

[16] Todos los datos están disponibles en ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES. *Participación de las mujeres en las negociaciones de paz:*
relaciones entre presencia e influencia. ONU MUJERES, 2012, pp. 4, 5.
[17] Citado en MENDIA AZKUE, Irantzu. *La división sexual del trabajo por la paz*. Madrid: Tecnos, 2014, p. 147.
[18] MENDIA AZKUE, Irantzu. *Género y conflicto armados*… Op. cit., p. 147.
[19] MARTÍN SACRISTÁN, Julio. "El género en conflictos armados de escenarios africanos" en ROBLES CARRILLO, Margarita (coord.). *Género, conflictos armados y seguridad. Granada*. Universidad de Granada, 2012, p. 451.

distinción de Johan Galtung entre paz positiva y paz negativa[20] ha servido para denotar la aportación de las mujeres en los procesos de negociación de paz si estuviera presentes durante los mismos al visibilizar la continuidad de un tipo de violencia que queda al margen de las negociaciones fruto de la ausencia de la visión femenina –desigualdad social, económica, etc.- que les deja en una posición más vulnerable.

Hoy por hoy, tras la aprobación hace 16 años de la Resolución 1325 y los distintos planes de acción nacionales diseñados por distintos países, y políticas para la restauración de la paz sensibles a la perspectiva de género como las planteadas en el proceso de paz de Colombia, la integración de la mujer en los puestos de toma de decisión en lo referente a las políticas de construcción de paz sigue siendo una carrera de obstáculos.

2. Caso de estudio: la acción de las mujeres liberianas en la segunda guerra civil de Liberia (1999-2003)

Liberia es un pequeño país situado en el África occidental cuya historia contemporánea está marcada por la violencia de la guerra civil. Entre 1989-1996 el país vivió una cruenta guerra civil que enfrentó al NPFL[21] y a las fuerzas del Estado del entonces presidente Samuel Doe; fue tal la magnitud del conflicto que la comunidad internacional decidió tomar parte a través de una fuerza pacificadora y la mediación diplomática, hasta que en 1996 consigue zanjarse el conflicto y se convocan elecciones que darán como nuevo presidente a Charles Taylor.

Durante gran parte de esta primera etapa bélica las mujeres, tradicionalmente relegadas a la esfera doméstica, comenzaron a agruparse en asociaciones que promovieron el registro para poder votar en las elecciones y diversas actividades del

[20] Según Galtung la paz negativa es aquella paz desarrollada con la ausencia de violencia directa, lo que equivaldría al conflicto físico, mientras que la paz positiva es aquella que se desarrolla tras el fin de la violencia directa e indirecta, es decir, aquella que se instaura no solo con el fin de la confrontación física, sino también con el de la violencia estructural y cultural que pueda excluir a algún sector o grupo de la sociedad. Si seguimos esta distinción, las teorías feministas mantienen que con la exclusión de las mujeres en los procesos de paz se alcanza una paz negativa dado que las voces de las mujeres son ignoradas.

[21] El Frente Patriótico Nacional de Liberia (NPFL por sus siglas en inglés) era un grupo armado fundado por Charles Taylor, un liberiano huido a EEUU que regresó con el firme propósito de derrocar a un gobierno que veía como opresor y tirano, recibiendo así el apoyo de parte de la población y de buena parte de la oposición política (destacando a la propia Ellen Johnson-Sirleaf. La situación es descrita en primera persona por GBOWEE, Leymah. *Un sueño de paz.* Madrid: Aguilar, 2012, pp. 29-42.

ámbito educativo con el que dotar de un mayor empoderamiento a las mujeres (WOUPAD[22]), mientras que iniciaron el contacto con todas las partes del conflicto y comenzaron a convocar marchas por el centro de Monrovia con las que visibilizar su mensaje de paz (LWI[23]). Ambos mecanismos de actuación emergen desde un nivel informal y gracias a su labor consiguieron unir sus reivindicaciones con otros grupos de mujeres de la región del África Occidental, creando el grupo de mujeres *Mano River Women Peace Network* (MARWOPNET) quienes sí pudieron estar presentes en las negociaciones de paz, logrando el nombramiento de Ruth Perry como presidenta del gobierno de transición.

Pero la paz duraría pocos años y en 1999 estallará la segunda guerra civil que encararon las fuerzas gubernamentales y los grupos armados LURD y MODEL[24]. De nuevo, y tras varios acuerdos de paz incumplidos, la mediación diplomática y las fuerzas pacificadoras tuvieron que intervenir para que el conflicto llegara a su fin con la firma del acuerdo de paz por parte de todas las partes del conflicto, y que propiciaron (entre otras cosas) el exilio de Charles Taylor. En estos acuerdos es destacada la actuación de las mujeres liberianas, no solo mediante aquellas mujeres que sí estuvieron presentes en las negociaciones, sino desde la propia sociedad[25].

Desde el 2001 una red de mujeres trabajaba mediante el ""activismo por la paz de las mujeres" para promover la justicia social"[26] llamada WIPNET[27] quien, ante la falta de diálogo entre los beligerantes, empezó a coordinar protestas no violentas con el apoyo de mujeres cristianas y musulmanas[28], quienes utilizaron la influencia de los

[22] Women United for Peace and Democracy.
[23] Liberian Women Initiative.
[24] El Liberians United for Reconciliation and Democracy (LURD) y el Movement for Democracy in Liberia (MODEL) aparecen para contrarrestar el poder de Charles Taylor, descontentos con el despotismo y las redes clientelares que había tejido. El conflicto se volverá cada vez más sanguinario, sumiendo en la preocupación a la comunidad internacional por la desestabilización de la región y del propio país, cuyo número de refugiados internos y externos se elevó a cifras de millares.
[25] ALAGA, Ecoma. *Background brief. "Pray the Devil back to the Hell": Women's ingenuity in the peace process in Liberia.* 2011, p. 9, disponible en http://www.peacebuild.ca/Alaga%20-%20Participation%20FINAL.pdf [Consultado: 16 de septiembre de 2016].
[26] EKIYOR, Thelma y GBOWEE, Leymah. "El activismo de las Mujeres por la paz en África Occidental: la experiencia WIPNET", 2008, p. 1, disponible en http://www.ceipaz.org/images/contenido/El%20activismo%20de%20las%20mujeres%20por%20la%20paz%20en%20%C3%81frica%20Occidental_%20la%20experiencia%20WIPNET.pdf [Consultado: 16 de septiembre de 2016].
[27] Women in Peacebulding Network.
[28] Tradicionalmente en Liberia ambas comunidades religiosas han convivido en paz pero separadas, por lo que la unión de las mujeres más allá de su fe significó la primera vez en la historia del país en la que ambas comunidades colaboraban unidas.

líderes religiosos como vía de inicio de las conversaciones de paz. Junto a esto, iniciaron un movimiento conocido como *Woman of Liberian Mass Action* a través del cual comenzaron a promover concentraciones por la paz (que se harían diariamente en la capital del país) con una única condición: todas las mujeres debían ir vestidas con el *lappa*, prenda tradicional africana ligada a las clases más bajas[29], con el objetivo de eliminar las diferencias étnicas, sociales o económicas (las mujeres de la élite no se unieron al comienzo de estas acciones al entenderlas como algo "rural") lanzando un mensaje de unidad, de identidad común[30], alejada de cualquier posición política[31] bajo el lema 'Las mujeres de Liberia quieren paz ahora'.

El cese de fuego incondicional e inmediato, el inicio de diálogo de paz entre los beligerantes y el despliegue de una fuerza de intervención internacional eran los objetivos de la Mass Action, y para ello desplegaron una serie de estrategias que, si bien planeadas sobre la marcha, dieron como resultado el cumplimiento de sus objetivos. A continuación destacamos algunos de los elementos que consideramos más distintivos de su movilización:

1) La unión religiosa hizo posible la unión cívica de prácticamente la totalidad de las mujeres de Liberia.
2) Superada la barrera religiosa, las mujeres se reunieron en torno a su "condición de mujer", esto es en la cultura africana tradicional, "personas que han nacido mujeres y comparten experiencias similares de su vida relacionadas con su fisiología y los roles de género de ser madres o esposas"[32]. Decidieron posicionarse como representante de todas las mujeres liberianas en sus roles de madres, hermanas, mujeres e hijas –y por extensión representando a la población civil-, y simbólicamente decidieron

[29] OLUKOJU, Ayodeji en PEDERSEN, Jennifer. "In the Rain and in the Sun: Women in peacebuilding in Liberia" en *ISA Annual Convention 2008 Panel WB54 Violence, Bodies and Selves II: Conflict, Human Security, and International Politics*, 2008, p. 7, disponible en http://citation.allacademic.com//meta/p_mla_apa_research_citation/2/5/3/1/3/pages253135/p253135-1.php [Consultado: 16 de septiembre de 2016].
[30] OLUKOJU, Ayodeji en PEDERSEN, Jennifer. "In the Rain and in the Sun: Women in peacebuilding in Liberia". Op. cit., p. 8.
[31] "How to women in Liberia fought for peace and won". *Tavaana,* disponible en https://tavaana.org/en/content/how-women-liberia-fought-peace-and-won [Consultado: 16 de septiembre de 2016].
[32] ALAGA, Ecoma. *Background brief. "Pray the Devil back to the Hell"*… Op. cit., p. 10 [Traducción propia].

vestirse de color blanco como muestra de solidaridad por los afectados de la guerra y como símbolo de paz[33].

3) Crearon una doble vertiente en cuanto a la identidad de mujer: por un lado pedían la emancipación de las mujeres dentro de la sociedad mientras que, por otro, reforzaban la imagen de la mujer como ser pacífico. Este vínculo entre la mujer y el pacifismo como hecho natural tiene un marcado tinte cultural en este caso, y según Martín Sacristán, la mujer en África cuenta generalmente con una imagen estereotipada "simbolizadas como fuente de bondad y ternura"[34] que las hacen ser vistas como "árbitros en los conflictos familiares y de la comunidad"[35], por lo que, pese a la subordinación con respecto al hombre, mantiene gran importancia como constructora de paz y durante la resolución de conflictos[36].

   Esa duplicidad que comentamos hizo que las mujeres tuviesen que demostrar continuamente la valía de sus acciones además de la seriedad de sus demandas[37].

4) Los medios de comunicación fueron un pilar fundamental para visibilizar la acción de las mujeres de la WIPNET contribuyendo a atraer el interés y difusión del conflicto a nivel internacional, lo que influyó en el progresivo aislamiento internacional de Charles Taylor[38].

Coherentes con esa completa neutralidad y articulando una mínima jerarquía dentro del movimiento, presentaron una declaración donde exigían –con un muy cuidado lenguaje para no ofender ni apoyar a alguna de las partes enfrentadas[39]- el cese inmediato del fuego y el inicio del diálogo para finalizar el conflicto. La negativa de Taylor a reunirse con ellas no impidió que continuaran con las concentraciones en el centro de la ciudad hasta que decidieron comenzar una sentada buscando mostrar,

[33] AMISI, Bertha K. *People are suffering: noncombatant mobilization for peace in Africa.* New York: Syracuse University, 2014, p. 109.
[34] MARTÍN SACRISTÁN, Julio., "El género en conflictos armados de escenarios africanos"… Op. cit., p. 445.
[35] MARTÍN SACRISTÁN, Julio., "El género en conflictos armados de escenarios africanos"… Op. cit., p. 445.
[36] AFISI, Oseni T. "Power and Womanhood in Africa: An introductory evaluation" en *The journal of Pan African studies*, vol. 3, nº6, 2010.
[37] PEDERSEN, Jennifer. "In the Rain and in the Sun: Women in peacebuilding in Liberia". Op. cit., p. 6.
[38] EKIYOR, Thelma y GBOWEE, Leymah. "El activismo de las Mujeres por la paz en África Occidental: la experiencia WIPNET".
[39] DISNEY, Abigail y RETICKER, Gini. *Pray the devil back to Hell*. [DVD], 2008. [Para escuchar estas declaraciones ver minuto 28:30 en adelante]

el descontento de buena parte de la ciudad y "avergonzar"[40] al gobierno con semejante muestra de desobediencia. Tras esto, Taylor se reunió con ellas en el palacio presidencial y aceptó iniciar el diálogo con los rebeldes.

Actuando como mecanismo de presión interna, las mujeres ejercieron de intermediarias entre las facciones enfrentadas, extendiendo su acción más allá de las fronteras a través, principalmente, de las refugiadas liberianas en Sierra Leona y Ghana. Finalmente las negociaciones de paz se iniciaron y fueron las mujeres de la MARWOPNET quienes sí asistieron como invitadas, pero no la WIPNET, quienes rechazaron estar presentes alegando que ellas representaban a la población civil. No obstante, decidieron actuar en dos frentes para continuar su campaña: por un lado, continuaron con las movilizaciones pacíficas en Monrovia, y por otro, siete delegadas del grupo viajaron hasta Ghana (donde tenían lugar las negociaciones) para movilizar a las mujeres refugiadas que residían allí tras ganarse su confianza, dado que las refugiadas no confiaban en las delegadas de la MARWOPNET por su pertenencia a la élite. Esto suponía un bache en la colaboración de las mujeres y podía derivar en una división dentro de las mismas en torno a los intereses de la élite y los de las mujeres de clase social más baja, por lo que volvieron a apoyarse en que, por encima de todo eran mujeres[41], en esa condición de mujer de la que hablábamos anteriormente, consiguiendo que la comunicación fluyera entre los dos grupos: las mujeres de la MARWOPNET asistirían a las mesas de negociación de paz mientras que las mujeres de la WIPNET continuarían desde un nivel más informal a través de su campaña.

Después de meses de lentas negociaciones la guerra finaliza el 18 de agosto de 2003 con la firma del *Comprehensive Peace Agreement* entre las tres partes enfrentadas, y con un logro para las mujeres: la perspectiva de género impregna el acuerdo cuando el 15 de agosto la MARWOPNET, actuando como representante de varias organizaciones de mujeres liberianas en Accra, presenta la *The Golden Tulip Declaration of Liberian Women Attending the Peace Talks in Accra*[42], una declaración en la que se enumeraban unas recomendaciones mediante las que introducir la perspectiva de género, entre las cuales se pedía el reconocimiento de las

[40] DISNEY, Abigail y RETICKER, Gini. *Pray the devil back to Hell*. [DVD], 2008.
[41] GBOWEE, Leymah. (2012): *Un sueño de paz*. Op. cit., p. 202.
[42] Disponible en http://www.peacewomen.org/e-news/golden-tulip-declaration-liberian-women-attending-peace-talks-accra-ghana [Consultado: 16 de septiembre de 2016].

contribuciones de las mujeres liberianas, no sólo en el proceso de paz, también en el área del desarrollo socio-económico y político; además se destaca la Resolución 1325 para fomentar la incorporación de las mujeres en los procesos de paz y en el proceso de desarme, así como reclama una paridad en cuanto al número de mujeres y hombres que participasen en el gobierno de transición. Como resultado consiguieron que se respetase un balance equitativo entre hombres y mujeres candidatos a la presidencia del país en las próximas elecciones[43], así como el mantenimiento del Ministerio de Género y Desarrollo[44], permitiendo la participación de la sociedad civil en el mismo.

El regreso de estas delegadas de la WIPNET no supuso el fin de la campaña, y antes de su disolución intervinieron en el desarme y como precursoras de la democracia. El altísimo número de excombatientes, y muy significativamente de niños soldados, provocó momentos de tensión que fueron calmados por estas mujeres apelando a su rol de madres[45], ejerciendo así cierta autoridad sobre ellos. Paralelo a esto, la Mass Action se esforzó en que las mujeres se registrasen para votar en las elecciones democráticas de 2005 (supervisadas por la comunidad internacional) con "énfasis en la necesidad de elegir al candidato que mejor representara los intereses de las mujeres"[46]. El 59% de los votos dio como vencedora a Ellen Johnson-Sirleaf, hecho que puso fin a la Liberian Women Mass Action for Peace Campaign e inicio a un nuevo periodo de paz en Liberia acompañado de unas políticas para promover los derechos de la mujer mediante el Plan de Acción Nacional de Liberia[47].

REFLEXIONES FINALES

La participación activa y directa de las mujeres en las negociaciones de paz es aún escasa y constantemente obstaculizada, muy especialmente por el legado cultural y el imaginario colectivo, que apartan e infravaloran la actuación de las mujeres y las

[43] Ver Artículo XXVIII del Comprehensive Peace Agreement, disponible en http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/liberia_08182003.pdf [Consultado: 16 de septiembre de 2016].
[44] Ver Apéndice I, anexo 4 del Comprehensive Peace Agreement, disponible en http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/liberia_08182003.pdf [Consultado: 16 de septiembre de 2016].
[45] DISNEY, Abigail y RETICKER, Gini. *Pray the devil back to Hell*. [DVD], 2008. [Ver minuto 01:04:00 en adelante].
[46] GBOWEE, Leymah. (2012): *Un sueño de paz*. Op. cit., p. 241.
[47] Disponible en http://peacewomen.org/nap-liberia [Consultado: 16 de septiembre de 2016].

relevan a un segundo plano. Además de víctimas de conflicto también son víctimas del resultado de las negociaciones puesto que sus necesidades son, con suma frecuencia, obviadas, hecho que quedaría subsanado a través de la incorporación de mujeres en las negociaciones y con ellas la perspectiva de género.

Finalizado el análisis del activismo de las mujeres liberianas podemos afirmar que, si bien en sus acciones no recayó todo el peso del futuro acuerdo de paz, es evidente que sí tuvieron una indiscutible influencia e importancia durante todo el proceso, erigiéndose como destacados actores propios. La movilización de las mujeres liberianas es un caso relevante sobre cómo los conflictos pueden alterar el orden tradicional de la sociedad, abriendo canales para la reorganización e incorporación de nuevos actores de la misma. Las mujeres se lanzaron a las calles como sujetos imparciales pero con unas demandas serias que defendieron firmemente, presentándose ellas mismas como una alternativa distinta a los hombres, quienes continuaban en el inmovilismo del enfrentamiento.

La unión entre los dos grupos de mujeres hizo que se llenara los dos espacios de acción: por un lado, desde un nivel más formal se atendieron a las negociaciones de paz desde las propias mesas al ser invitadas, pero por otro, desde un nivel más informal, las mujeres siguieron conectadas directamente con la población civil al rehusar a sentarse durante el proceso negociador. Esta doble vía creó un trasvase de información por el que la voz de la población civil se trasladó a las mesas mientras que la perspectiva de género impregnó los acuerdos finales. El impacto de la Golden Tulipan Declaration se vio reflejada con el Plan de Acción Nacional de Liberia, el cual favoreció la inclusión de más mujeres en los puestos de seguridad nacional, así como no pasó por alto los casos de violencia sexual cometidos durante la contienda.

El rol de las mujeres liberianas durante la guerra civil es indiscutible, reflejando las dificultades que las mujeres tienen que sortear para poder influir o participar en las negociaciones para la reconstrucción de paz. La Resolución 1325 y los distintos planes de acción nacional adoptados por varios países, poco han modificado la desigualdad en cuanto al número de mujeres y hombres en posición de toma de decisiones, muy especialmente en el ámbito de la paz. La construcción social que moldea a las mujeres las dibuja como seres débiles, víctimas que necesitan protección, incapaces de tener la suficiente preparación como para atender asuntos

bélicos; esto no solo impide el surgimiento de una paz real según los planteamientos de Galtung, sino que contribuye a la victimización de las mujeres y a su alejamiento de las políticas activas desde niveles formales, al tiempo que favorece que otros actores ajenos a ellas redacten leyes enfocadas en la protección de las mujeres y no tanto en el empoderamiento de las mismas. Una auténtica reconfiguración en las políticas internacionales y nacionales donde se haga una apuesta real por integrar un mayor número de mujeres en las mismas, será lo que motive un cambio en la propia paz que se instaure en las zonas y sociedades devastadas por el conflicto, aunque junto a esto, debe ir acompañado una mejora en la educación que permita eliminar los prejuicios o estereotipos que recaen sobre uno u otro sexo (muy especialmente sobre las mujeres) para que desaparezcan progresivamente y puedan eliminarse las brechas que existen entre ambos sexos.

BIBLIOGRAFÍA

ALAGA, Ecoma. *Background brief. "Pray the Devil back to the Hell:" Women's ingenuity in the peace process in Liberia*. The Canadian Peacebuilding Network, 2011.

AFISI, Oseni T. "Power and Womanhood in Africa: An introductory evaluation" en *The journal of Pan African studies*, vol. 3, nº 6, 2010.

AMISI, Bertha K. *People are suffering: noncombatant mobilization for peace in Africa.* New York: Syracuse University, 2014

CHRISTIE, Daniel J., WAGNER, Richard. V. y WINTER, Deborah A. (Eds.). *Peace, conflict and violence: peace psychology for the 21 st century.* New Jersey: Prentice-Hall, 2001.

COLEMAN, Peter T. (ed.). *Psychological components of sustainable peace.* New York: Springer science business, 2012.

COOK, Nicolas. *Liberia's Post-War Development: Key Issues and U.S. Assistance*. Federation of American Scientists, CRS Report for Congress, 2010.

DIOP, Bineta. *Expert group on democratic governance in Africa: strategies for greater participation of women. Case study on countries in the Mano River region*. New York: United Nations, 2005.

DISNEY, Abigail y RETICKER, Gini. *Pray the devil back to Hell*. [DVD], 2008.

EKIYOR, Thelma y GBOWEE, Leymah. "El activismo de las mujeres por la paz en África Occidental: la experiencia WIPNET". 2008.

EL JACK, Amani. *Género y conflicto armados. Informe General*. Brighton: BRIDGE Development Gender, 2003.

ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES. *Participación de las mujeres en las negociaciones de paz: relaciones entre presencia e influencia*. ONU MUJERES, 2012.

GALTUNG, Johan. *Conflict Transformation by Peaceful Means (the Transcend Method).* United Nations, 2000.

GBOWEE, Leymah. *Un sueño de paz*. Madrid: Aguilar, 2012.

HAYNER, Priscilla. *Negotiating peace in Liberia: preserving the possibility for Justice*. Suiza: ICTJ, Centre for Humanitarian Dialogue, 2007.

ILZINA, Lelde. *Gendered Peace? Women's Role in Peace-building. Case Study of Liberia*. Graduate Institute Geneva Conference, 2011.

JAYE, Thomas, GARUBA Dauda y AMADI, Stella (ed.). *ECOWAS and the dynamics of conflict and peace-building.* Dakar*:* CODESRIA, 2011*.*

KOENDERS, Sara. *The bullet cannot pick and choose: The life and peacebuilding work of Vaiba Kebeh Flomo of Liberia*. San Diego: Joan B. Kroc Institute for Peace & Justice, 2010.

MAGALLÓN, Carmen. *Mujeres en pie de paz*. Madrid: Siglo XXI, 2006.

MENDIA AZKUE, Irantzu. *La división sexual del trabajo por la paz*. Madrid: Tecnos, 2014.

NILSSON, Desirée. *Crafting a Secure Peace. Evaluating Liberia's Comprehensive Peace Agreement 2003*. Suecia: Uppsala University, 2009.

PEDERSEN, Jennifer. "In the Rain and in the Sun: Women in peacebuilding in Liberia" en *ISA Annual Convention 2008 Panel WB54 Violence, Bodies, and Selves II: Conflict, Human Security, and International Politics*, 2008.

REHN, Elisabeth y JOHNSON-SIRLEAF, Ellen. *Women, War and Peace: The Independent Experts' Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women's Role in Peace-building*. New York: UNIFEM, 2002.

ROBLES CARRILLO, Margarita. (coord.). Género, conflictos armados y seguridad. Granada: Universidad de Granada, 2012.

UNITED NATIONS ENTITY FOR GENDER EQUALITY AND THE EMPOWERMENT OF WOMEN. *Women's Participation in Peace Negotiations: Connections between Presence and Influence*. UN WOMEN, 2012.

TINCKER, J. Ann. *Gender in International Relation. Feminist Perspectives on Achieving Global Security*. New York: Columbia University Press, 1992.

UNESCO. "Best practices in peace building and non-violence conflict resolution" en *Women organize for peace and non-violence in Africa*. UNESCO, 1991.

VILLELLAS ARIÑO, María. *La participación de las mujeres en los procesos de paz. Las otras mesas.* Barcelona: Institut Català per la Pau, 2010.

VILLELLAS ARIÑO, María. *El papel de las mujeres en la construcción de la paz: Propuestas para avanzar en la aplicación de la resolución 1325*. Barcelona: Fundación cultura de Paz-CEIPAZ, 2010.

YUVAL-DAVIS, Nira. *Género y nación*. Lima: Centro de la mujer peruana Flora Tristán, 2004.

Recursos electrónicos

- www.ceipaz.org
- www.citation.allacademic.com
- www.globalsecurity.org
- www.gnwp.org
- www.marwopnet.org
- www.modernghana.com
- www.peacebuild.ca
- www.peacewomen.org
- www.tavaana.org
- www.theperspective.org
- www.un.org
- www.u.osu.edu
- www.usip.org
- www.word.world-citizenship.org
- www.womennewsnetwork.net

A livre iniciativa na ordem constitucional luso-brasileira

JOÃO OTÁVIO BACCHI GUTINIEKI[1]

FÁBIO DA SILVA VEIGA[2]

UENP, Brasil
UVIGO, Espanha

RESUMO

Neste trabalho busca-se tratar das disposições constitucionais atinentes à economia, em especial no que tange à livre iniciativa, presentes tanto na Constituição da República Portuguesa (CRP/1976) quanto na Constituição da República Federativa do Brasil (CF/1988). Através da conceituação de constituição econômica, segue-se os seus elementos em cada texto constitucional, conhecendo suas origens históricas. Ainda foram problematizadas as revisões da constituição portuguesa após o *25 de Abril* e a entrada na Comunidade Econômica Europeia (CEE). Por fim, com foco no conceito de liberdade de iniciativa, buscou-se compreender a proteção dada às pequenas e médias empresas, hoje através do fenômeno das *startups*, e sua importância para a persecução dos fins estabelecidos na ordem constitucional. A grafia adotada é referente ao Português do Brasil, consoante o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa em vigor.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Econômicos, Iniciativa Privada, Ordem Econômica

ABSTRACT

In this excerpt we seek to treat about the constitutional provisions relating to the economy, particularly with regard to freedom of enterprise, present both in the Constitution of the Portuguese Republic (CPR / 1976) and the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil (CF / 1988). Starting through the concept of economic constitution, follow this to the position in each constitutional text, knowing their historical origins. Even they were problematized the revisions passed by the Portuguese constitution after the 25th April and the entry into the European Economic Community (EEC). Finally, focusing on the concept of freedom of initiative, we sought to understand the protection given to small and medium-sized enterprises, today through the phenomenon of startups, and its importance to the pursuit of the purposes stated in the constitutional order.

---

[1] Tecnólogo em Comércio Exterior pela Universidade Estácio de Sá (Brasil). Estudante da Licenciatura em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (Jacarezinho, Brasil), com período de mobilidade na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2015/2016). Bolseiro de Iniciação Científica da Fundação Araucária (Paraná, Brasil).

[2] Professor de Direito Empresarial no *Máster en Abogacía* da *Universidad Europea de Madrid*. Doutorando em Direito Empresarial na Universidade de Vigo e Universidad de Alcalá de Henares. Investigador da CAPES, Ministério da Educação, Brasil – DPE Proc. 1511/13-0. Foi investigador com período de mobilidade na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2015). E-mail: fabio.da@edu.uah.es

Keywords: Fundamental Economic Rights, private Initiative, economic order.

INTRODUÇÃO

A livre iniciativa, para muitos, é um conceito aberto, ligado estritamente ao desenvolvimento de uma sociedade baseada na liberdade capitalista, onde cabe a cada um praticar suas atividades com liberdade, liberdade esta que seria protegida pelo próprio Estado, com a finalidade de alcançar seus fins e objetivos.

Explorar as atividades econômicas de maneira privada é o meio de sobrevivência alguns. Já outros muitos trabalham em relação de subordinação a estes que exercem a livre iniciativa.

Sem entrar em devaneios conceituais neste momento exordial, é preciso compreender que o estudo da livre iniciativa ou do direito econômico de determinado país está intrinsecamente ligado à sua história econômica e política, raramente se desvinculando desta.

A distribuição das riquezas e a concentração destas faz toda a diferença nos caminhos a serem adotados por um Estado nos fundamentos de suas regras jurídico-econômicas. Um Estado governado por poucos e pelos poucos que possuem a concentração das riquezas, salvo manifestação revolucionária, não dará valor a uma economia mais fraterna. Como é claramente verificado nos países em desenvolvimento.

Diversamente, caso o Estado tenha suas riquezas desconcentradas, onde cada cidadão possui uma parte justa do todo, o espaço aberto ao pequeno empreendedorismo e a uma livre iniciativa substancial será muito maior. Tal é a situação que vive os chamados “países nórdicos”.

Todas estas constatações e conceitos têm como fundamento, *a priori*, esclarecer que não são semelhanças geográficas ou culturais que fazem um sistema econômico ser semelhante ao outro. O fator de diferenciação está principalmente na história e na manutenção do *status quo*, também estando presente nos pilares jurídicos da economia e em sua aplicação substancial.

Por conta de, neste trabalho, tratarmos comparativamente as regras constitucionais econômicas de dois países “irmãos” e com uma história por muito

tempo entrelaçada, era necessário fazer as diferenciações que acima fizemos, sob pena deste ser um trabalho distante da realidade.

Brasil e Portugal têm laços que vão além da lusofonia e da colonização. Há muito em comum entre os dois países e seus ordenamentos jurídicos, ao mesmo tempo em que estes vivem realidades completamente diferentes, a um oceano de distância.

Como estes escritos também são frutos do intercâmbio acadêmico que os autores tiveram na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), buscar-se-á, nos próximos itens, trabalhar, com o pragmatismo necessário, o ordenamento constitucional econômico luso-brasileiro.

1. A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Diversos ordenamentos possuem em suas constituições escritas uma parte ou capítulo dedicado em exclusividade à organização da economia, é o que chama a doutrina de “constituição econômica”, que definimos como sendo “a(s) parte(s) da constituição destinada ao regimento da economia e das atividades capitalistas, possuindo, muitas vezes, princípios e regras próprias, isolando-se e conectando-se ao mesmo tempo com todo o texto constitucional”.

> Constituição Econômica vem a ser, pois, o conjunto de normas voltadas para a ordenação da economia, inclusive declinando a quem cabe exercê-la. A Constituição por ser o elemento fundamental para todos os atos do Estado (administrativos, legislativo e jurisdicionais), acaba sempre tomando uma posição face a matéria econômica. (BASTOS, 2003, p. 74)

Existe uma distinção doutrinária entre *constituição econômica formal* e *constituição econômica material*, onde a primeira seria formada pelas normas presentes na constituição que tratam da ordem econômica, estando ou não na parte da ordem econômica. Já a segunda, *constituição econômica material*, abrangeria não apenas as normas constitucionais, mas sim todas as regras que regulamentam a economia de determinado Estado.

É o que trata João Pacheco de Amorim (2011, p. 39):

> Enquanto se entende a CE formal como o conjunto de princípios e normas de conteúdo económico que constam do texto fundamental, já na CE material caberiam outras fontes formalmente inferiores à lei fundamental, pois aqui o critério de identificação seria o do carácter

> essencial da norma ou princípio jus-económico em questão para a definição do sistema económico.

Ressalta Fernando Facury Scaff que "(...) o conceito de *constituição econômica* não alcança apenas o que tiver sido topologicamente localizado dentro do capítulo da *ordem econômica*, mas alcança muito mais do que nele é constante" (2003, p.261).

Considerando a natureza deste trabalho, nos atentaremos àquelas normas previstas constitucionalmente, ou seja, na *constituição econômica formal.*

2. A ORDEM ECONÔMICA NA CRP E NA CF/1988.

Iniciaremos por tratar das disposições relativas à ordem econômica previstas na Constituição da República Portuguesa (CRP).

Primeiramente, é necessário ressaltar o ambiente em que tal texto constitucional foi promulgado, em 1976, quando Portugal vivia um período pós-revolucionário. Em 25 de abril de 1974, teve lugar naquele país a Revolução dos Cravos, que pôs fim a um regime do Estado Novo, que tinha como expoente António Salazar.

Deste modo, a CRP possui em sua origem um forte cariz socialista, prevendo uma gradual mudança a este regime, o que certamente influenciou diretamente nas disposições originais sobre ordem econômica. A previsão da propriedade estatal e social dos meios de produção era clara e, apesar da existência da propriedade privada, esta era residual.

Em trabalho sobre o tema, explica Maria Manuel Leitão Marques (1990, p. 2):

> (...) o texto originário da CRP caracterizava-se, em matéria de organização económica, principalmente pelo facto de garantir as transformações revolucionária de 1974-1976, as quais tinham como objectivos fundamentais o desmantelamento da organização corporativa da economia, típica do regime derrubado, a eliminação dos monopólios privados e dos latifúndios, e o reconhecimento dos direitos económicos e sociais dos trabalhadores.

Entretanto, os passos da Revolução foram desviados, mudanças na conjuntura do país e da própria Europa fizeram com que Portugal mudasse de direção, agora no sentido da integração comunitária por meio da CEE (Comunidade Econômica Europeia). Sendo necessário retirar a forte "carga

ideológica" presente na CRP, a fim de adequá-la às outras constituições dos membros da Comunidade.

As revisões constitucionais de 1982 e 1989 tiveram por objetivo neutralizar a constituição econômica, dando maior proteção aos agentes econômicos privados, reduzindo o papel do Estado no setor produtivo, consagrando "(...) garantias mínimas de um sistema de economia mista e do controle democrático da economia" (MARQUES, 1990, p. 4).

> Relativamente ao texto constitucional anterior, a revisão retirou dos princípios constitucionais fundamentais as referências à construção de uma "sociedade capitalista" (art. 2º) e à "sociedade sem classes" (art. 1º), mantendo tão só a referência à democracia económica e ao aprofundamento da democracia participativa como objectivos da organização política democrática. Nos princípios gerais da ordem económica (art. 80º) desapareceu também a referência ao "desenvolvimento da propriedade social". (MARQUES, 1990, p. 5)

A CRP dos dias atuais continua a prever os quatro setores da economia, como decorre da própria *alínea b* do art. 80º, que prevê como princípio a "coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção". Garantindo claramente uma proteção mais abrangente aos dois últimos setores, até por serem estes meios de distribuição de renda por excelência e baluartes de uma economia mais solidária. Entretanto, não deixa o texto constitucional luso de reconhecer a liberdade de iniciativa, como é o princípio previsto na *alínea c* do artigo 80º: "liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista".

> Ao reconhecer a liberdade de **iniciativa económica privada** (nº.1), a Constituição considera-a seguramente (após a primeira revisão constitucional) como um direito fundamental (e não apenas como um princípio objectivo da organização económica), embora sem a incluir directamente entre os direitos, liberdades e garantias (beneficiando, porém, da analogia substantiva com eles, enquanto direito determinável e de exequibilidade imediata). Este entendimento constitucional do direito de iniciativa privada está em consonância com o estatuto da empresa e do sector privados no âmbito da <<constituição económica>> (...). (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 789) (grifos do autor).

Após conhecer algumas partes da constituição portuguesa que tratam da ordem econômica e financeira, passaremos agora ao estudo da constituição brasileira de 1988.

Sobre a ordem econômica e financeira na constituição, delimita José Afonso da Silva (2005, p. 785):

> As bases constitucionais do sistema econômico encontram-se nos arts. 170 a 192, compreendidos em quatro capítulos: um sobre os princípios da ordem econômica, outro sobre a política urbana, um terceiro sobre a política agrícola e fundiária e sobre a reforma agrária; e, finalmente, um quarto sobre o sistema financeiro nacional

Celso Ribeiro Bastos, explica as fundações da ordem econômica brasileira com a "Constituição Cidadã" de 1988:

> A ordem econômica da nossa atual carta é fundada na livre iniciativa e concorrência. Dentre os princípios que informam, arrolados no art. 170, figuram o da propriedade privada (inc. III) e da livre concorrência (inc. IV), reforçado pelo parágrafo único que diz que a todos é livre o exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos excepcionais em lei. É o regime, pois, da livre empresa, pelo qual a cada um é dado lançar-se na atividade empresarial por conta e risco. As leis que presidem a esta são as leis de mercado. (2003, p.103)

Temos assim, a partir do art. 170 da CF/88 o conteúdo fundamental da ordem econômica brasileira que, logo de início, traz dois princípios fundantes: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano.

> Parece estar claro que, no *âmbito da ordem econômica, a Constituição optou por um sistema capitalista privado,* amenizado pela possibilidade de interferência estatal em certas situações que ela mesma especifica e temperado pela ênfase dada a alguns objetivos de cunho social, claramente expressos em seu texto nos princípios que veicula. (TOLEDO, 2004, p. 277)

Tratando sobre quais os fundamentos e diretrizes instituídos sobre o assunto na Constituição de 1988, continua o José Afonso da Silva:

> A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na **valorização do trabalho humano** e na **iniciativa privada**. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma **economia de mercado**, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a

> ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. (...) A ordem econômica, segundo a Constituição, **tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios indicados no art. 170,** princípios estes que, em sua essência, como dissemos, consubstanciam uma ordem capitalista. (2005, p. 788) (grifo nosso)

Deste modo, podemos considerar que o ordenamento constitucional brasileiro seguiu aquilo que já era consagrado na própria economia: a prevalência do capital privado e das iniciativas dos indivíduos que compõe a sociedade. Buscando balancear a livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, a fim de perseguir os fins da República, que são uma sociedade justa e fraterna.

3. A LIVRE INICIATIVA ATRAVÉS DAS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS

Verdadeiro fundamento da economia liberal, a liberdade de iniciativa tem sua existência na possibilidade do cidadão tornar-se um *player* no mercado, não apenas através das relações de consumo, que de maneira ou de outra terá que estabelecer, mas sim na possibilidade deste entrar na atividade econômica, através da produção, comercialização ou intermediação de produtos e serviços.

> A liberdade de iniciativa é uma expressão ou manifestação no campo econômico da doutrina favorável à liberdade. (...) A liberdade de iniciativa consagra-se tão somente a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem encontrar peias ou restrições do Estado. Este princípio conduz necessariamente à livre escolha do trabalho, que, por sua vez, constitui uma das expressões fundamentais da liberdade humana. (BASTOS, 2003, p. 115)

Não discordamos da opinião firmada acima pelo Prof. Celso Bastos, entretanto, acreditamos que a liberdade de iniciativa não está “tão somente” ligada a uma não interferência estatal, ou seja, a um direito fundamental de primeira geração, de liberdades públicas.

É forçoso reconhecer que, em ambos os textos constitucionais, tanto no brasileiro quanto no português, este previsão de tratamento privilegiado e de fomento ao pequeno e médio negócio, por meio das pequenas e médias empresas (PMEs). Como pode ser claramente verificado nos art. 170, IX e art. 179 da CF, bem como no art. 86º, 1, da CRP.

> Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis Brasileiras que tenham sua sede administração no País: Com redação dada pela emenda constitucional n. 6, de 15-8-1995, alterou a redação dos artigos 170, IX, 176, § 1º; revogou o artigo 171, e criou o artigo 246, na Constituição Federal, trazendo novidades em relação ao tratamento das empresas brasileiras. A redação anterior previa como um os princípios da ordem econômica, o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Por sua vez, o artigo 171, que trazia as definições de empresa brasileira de capital nacional, foi revogado, inexistindo qualquer diferenciação ou benefício nesse sentido, inclusive, em relação à pesquisa e a lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica; em face da alteração da redação originária do artigo 176, § 1º da CF, basta que sejam empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (MORAES, 2006, p. 724)

Para Rui Medeiros, esta proteção ao pequeno e médio negócio está implícita na Constituição Portuguesa:

> O texto de 1989 referia que o Estado devia proteger as pequenas e médias **empresas *economicamente* viáveis** (e não, como no n. º 1 do artigo 85. º do texto de 1982 "as pequenas e médias empresas económica e socialmente viáveis"). A formulação desapareceu a partir de do momento em que, em 1997, a Constituição passou a impor expressamente o dever de incentivar a atividade empresarial privada geral. **Mas numa economia de mercado, aquela exigência está implícita no comando constitucional** (...). (MIRANDA; MEDEIROS, 2006, p. 104) (grifamos)

Na mesma linha de raciocínio seguem J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, tratando o cuidado com as PMEs como verdadeira "obrigação constitucional":

> A **obrigação constitucional de protecção às pequenas e médias empresas** está na linha de preferência constitucional dos pequenos e médios empresários como factor de desenvolvimento, de criação de postos de trabalho e de **densificação do tecido empresarial**, e resulta, desde logo, da obrigação que tem o Estado de assegurara a concorrência e de combater as situações monopolísticas e reprimir as situações de abuso do poder económico (art. 81º/ *f*). Para isso contribui, entre outros factores, a manutenção de um tecido industrial, comercial e de serviços segmentado e, portanto, de uma pluralidade

> de empresa concorrendo no exercício da mesma actividade, o que não pode deixar de passar pela permanência das PMEs no mercado. (2007, p. 1013-1014).

Visto que a atividade das pequenas e médias empresas é essencial para a conjuntura econômica de diversos países, pois o "tecido empresarial", como diz a doutrina, garantindo também, que o capital permaneça e seja trabalhado dentro do país, gerando desenvolvimento interno e dando base e segurança à economia nacional.

Sobre o assunto, escreveram recentemente Ana Paula Saladini e Tiago Domingues Brito:

> Além disso, em pesquisa elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), averiguou-se que um dos mais respeitáveis auxílios das Micro e Pequenas Empresas no progresso e evolução do Brasil foi o de se enquadrarem como **"colchão amortecedor" da inatividade laboral**. Ou seja, as Micro e Pequenas Empresas são uma opção de ocupação para uma ampla parte dos cidadãos que têm a possibilidade de abrir seu próprio empreendimento, e também uma opção de trabalho – tanto formal quanto informal –, para uma ampla quantidade da energia de trabalho remanescente, que, em boa parte dos casos, tem escassa qualificação e assim não consegue ocupação nas grandes empresas. (2014, p. 413). (Grifamos)

As grandes corporações estrangeiras possuem e buscam sempre ter permeabilidade, entram e saem dos países com imensa facilidade, o que termina por gerar instabilidade. Estão interessadas apenas na lucratividade, enquanto o pequeno e médio empresário tem em seu estabelecimento toda uma vida de trabalho, sendo de importância ímpar a proteção constitucional dada a estes.

Sobre o aspecto econômico das PMES, ressalta Luís Cabral de Moncada:

> No plano económico e na medida em que varia de país para país o grau de concentração de empresarial, **a proteção às P.M.Es. é o garante do volume da oferta global**, nomeadamente em países como o nosso, em que o peso das P.M.Es. no conjunto da economia é determinante. Do mesmo modo e no plano social, é de grande relevo o seu papel na efectivação do pleno emprego e da regionalização da oferte de trabalho. (1988, p. 367) (Grifamos)

Entretanto, qual seria a atividade estatal necessária à consagração desta "proteção constitucional"?

A doutrina constitucional responde da seguinte maneira:

> A proteção específica das PMEs há-de exigir tratamento diferenciado em relação às grandes empresas no que respeita a todos ou a alguns dos domínios economicamente relevantes (por ex., crédito, apoio técnico e financeiro, incentivos fiscais, etc.), justificando assim **descriminações positivas** que, de outro modo, poderiam infringir o princípio da igualdade. Constitucionalmente, o Estado está obrigado a estimular as empresas em geral, mas está especialmente obrigado a incentivar as PME. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 1014) (Grifamos)

Trata-se de uma busca, através de discriminações positivas, pela igualdade substancial, dando chances ao "menor" de entrar no mercado e competir de verdade, crescendo e trazendo consigo a criação de empregos e a distribuição de renda.

Aliás, é o que claramente vivemos hoje com o fenômeno das *startups*, que através da junção entre criatividade e boas ideias, aliado ao fomento estatal, garante representatividade tecnológica em um mundo cada dia mais globalizado e sem fronteiras.

Portanto, ao vislumbrar o princípio da livre iniciativa "aplicado", temos que este também possui vinculo com os direitos sociais, os de "segunda geração", cabendo ao Estado desenvolver políticas públicas a fim de quebrar desigualdades e dar chance a todos de atuarem substancialmente no mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando tomamos por base textos constitucionais advindos após momentos de fragilidade democrática e verdadeiras ditaduras, podemos notar a preocupação com o desenvolvimento humano integral, não apenas garantindo direitos políticos ao cidadão, mas também prestando a este a necessária proteção para o desenvolvimento tanto do trabalho quanto da atividade econômica.

Tanto a Constituição brasileira quanto a portuguesa buscam uma sociedade democrática, mais justa e fraterna através do desenvolvimento do setor privado da economia, aliviando assim a carga do Estado, que passa da figura de *agente empresário* para a de *ente regulador*.

Podemos notar na Constituição portuguesa, especialmente em virtude de ter saído de uma revolução de cariz socialista, uma inclinação mais forte aos

meios de produção coletivos, sejam eles o “cooperativo” ou o “social”, ressaltando e garantido maior destaque e proteção.

Já nossa Constituição de 1988 é fruto do processo de redemocratização do país, sendo promulgada com o fim da Ditadura Militar, procura garantir claramente uma série de direitos, mas faz opção clara pela livre iniciativa pelo *privado*. Até porque esta foi redigida em tempos que o regime soviético já sofria tempos de bancarrota que terminaram com a simbólica queda do Muro de Berlim.

Com conceitos praticamente iguais naquilo que tange à liberdade de iniciativa, temos que ambos os textos constitucionais privilegiam as pequenas e médias empresas, por seu caráter e importância à economia.

Em suma, tanto no Brasil quanto em Portugal, há uma verdadeira prevalência e fomento à iniciativa privada, em especial por ambos os Estados buscarem serem antes de tudo reguladores, e não empresários.

.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, João Pacheco de. *A Constituição Económica Portuguesa: Enquadramento dogmático e princípios fundamentais.* Revista da FDUP, Coimbra, a.8, p.31-106, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Volume I. 4ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Constituição Económica Portuguesa depois da Revisão Constitucional de 1989*. Oficina do CES n° 16. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1990.

MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico.* 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª. ed., atual. até a EC nº 48/05. São Paulo: Atlas, 2006

SALADINI, Ana Paula Sefrin. BRITO, Tiago Domingues. *A inflexibilidade da legislação trabalhista como obstáculo ao desenvolvimento da pequena e micro empresa*. In: Direito do Trabalho II. Coordenadores: Maria Aurea Baroni Cecato, Claudio Pedrosa Nunes, Mirta Gladys Lorena Manzo de Misailidis. – Florianópolis : CONPEDI, p. 407-424, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. *A Constituição econômica brasileira em seus 15 anos*. In: SCAFF, Fernando Facury (Org). Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 25ª. ed. rev. e ampl. Malheiros: São Paulo, 2005.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Os direitos humanos e as origens da vida. Aspectos multidisciplinares dos direitos humanos

João Proença Xavier[1]

RESUMO:

O direito à vida é entendido em sentido amplo, como o simples reconhecimento do direito ao respeito e preservação da vida de todo o ser humano, pelo simples facto de ser Humano. Parece óbvio, que a capacidade reprodutiva, pressupõe a criação de um novo ser Humano, no entanto é de facto sobre este ser recém-nascido que nasce o direito à vida… No entanto, as técnicas de reprodução medicamente assistida colocam-nos perante realidades, também elas novas, como são a necessidade de contemplar potencialidades de vida humana e de direitos emergentes, eles próprios Direitos Humanos, que o direito visa proteger e preservar e que se encerram em formas biológicas criadas *in vitro* em laboratório, e que igualmente são merecedoras de protecção, como acontece com os embriões humanos criopreservados…eles próprios nascidos do direito Universal dos humanos a ter direito a reproduzir-se.

O direito à reprodução tem protecção jurídico-constitucional, pelo menos reconhecida constitucionalmente em grande parte do mundo moderno. Assim, com as novas técnicas de Reprodução Medicamente Assistida estão lançados os novos desafios da protecção dos Direitos Humanos no futuro…

PALAVRAS-CHAVE:

Procriação Medicamente Assistida (PMA), Direitos Humanos, Direito Comparado, Direitos Reprodutivos.

[1] Investigador Doutorado pela Universidade de Salamanca Especialista em Direitos Humanos / Direito Comparado/ Medicina da Reprodução e Direito Biomédico. **INSTITUIÇÃO:** UNIVERSIDADE DE SALAMANCA - joao.proenca.xavier@usal.es
Investigador em parceria com **FAF Sociedade de Advogados, RL.**

ABSTRACT:

The right to live is simply the recognition to the right to a respect towards the preservation of life of every human being for the facto of simply being human… It is obvious that the reproductive capacity implies the creation of another human being, and it is that new bourn that is the destinatary of the right to live… However, medically assisted reproduction technics, puts us on the hedge of realities, themselves new, with the necessity of contemplate like human potentiality and emergent rights, themselves H.R., that the law intents to protect and preserve and that are enclosure in biological forms created in vitro in the labs, and that have merit to be protected, that is the case of the human embryos that are criopreservated…bourn from the universal right that human have to reproduce themselves…that has juridical constitutional protection, recognise almost in every part of the modern word. With this new technics of Medically Assisted Reproduction, the dice are set for the new challenges of the protection of Human Rights theory in the Future…

KEY WORDS:

Medically Assisted Reproduction (MAR), Human Rights, Compared Law, Reproductive Rights.

O direito à vida é entendido em sentido amplo como o simples reconhecimento do direito ao respeito e preservação da vida de todo o ser humano, pelo simples facto de ser Humano. Parece óbvio, que da capacidade reprodutiva, pressupõe a criação de um novo ser Humano, no entanto é de facto sobre este ser recém-nascido que nasce o direito à vida… No entanto, as técnicas de reprodução medicamente assistida colocam-nos perante realidades, também elas novas, com a necessidade de contemplar potencialidade de vida humana e de direitos emergentes eles próprios Direitos Humanos que o direito visa proteger e preservar e que se encerram em formas biológicas criadas *in vitro* em laboratório, e que são merecedoras de protecção como são os embriões humanos criopreservados…nascidos eles próprios do

direito Universal dos humanos a ter direito a reproduzir-se…O direito à reprodução com protecção jurídico-constitucional, pelo menos reconhecida constitucionalmente em grande parte do mundo moderno. Com as novas técnicas de Reprodução Medicamente Assistida estão lançados os novos desafios da protecção dos Direitos Humanos no futuro…

Segundo Romeo Casabona, o direito à vida é entendido em sentido amplo como o simples reconhecimento do direito ao respeito e preservação da vida de todo o ser humano, pelo simples facto de ser Humano, e mais vislumbra nas suas fronteiras a liberdade de viver a sua vida sem restrições, que não sejam as que resultem da própria capacidade biológica do indivíduo. Para R. Casabona: "*es pues, cierto (…) que en sentido estricto el derecho a la vida no incluye ninguna implicación jurídica relativa a la reproducción humana ni ampara, como tal, derecho alguno vinculado con ésta, como tampoco los preceptos que sustentan aquél.*" [2]

Para este autor[3] "*parece evidente la conexión entre ambos derechos: si el de la capacidad generativa supone el origen de una nueva vida humana y ésta es el objeto sobre el que recae el derecho a la vida*", el propio Casabona analizó, "*si por otro lado, los avances biomédicos han puesto una vez más de relieve aspectos y realidades nuevas; si pueden ser formadas en el laboratorio formas biológicas de vida humana o, más estrictamente dicho, con potencialidad de vida humana, como es el embrión obtenido in vitro, parece oportuno ocuparse también de ello desde la perspectiva del derecho a la vida y de otros derechos que pudieran emerger.*" Para Romeo Casabona parece existir um direito de procriação ou como ele próprio afirma, indistintamente, "*un derecho a la procreación"*, (um direito à procriação), com raízes constitucionais.

Mas se, por um lado, a falta aparente ou real desta capacidade biológica de poder ter descendência pode ser corrigida ou suprida (salvo os procedimentos medico cirúrgicos) mediante o aperfeiçoamento das técnicas de

---

[2] Cit: ROMEO Casabona *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1994, p.187.

[3] Cit: ROMEO Casabona *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1994, p.187/ss.

reprodução artificial assistida, por outro, a possibilidade de corrigir/ evitar os riscos de uma concepção de indivíduos que possam apresentar graves anomalias de origem na sua herança genética ou até usar essas técnicas para a concepção de indivíduos com dotações genéticas determinadas (eugenesia positiva), criam-nos problemas de origem "eugénesica" que parecem determinar a introdução de certas restrições, "*al derecho a la reproducción"* e às técnicas de reprodução medicamente assistida, que devem ser tidas em consideração jurídica. Se actualmente, já é possível medicamente, determinar o sexo do bé-bé que vai nascer, nem isso, nos tempos modernos, nos coloque perplexidades de carácter jurídico, se o feto apresentar características hermafroditas, já o mesmo não se verifica, quanto à escolha prévia de características físicas, como o bé-bé poder vir a nascer louro e de olhos azuis, o que na realidade apesar de já ser possível medicamente, nos coloca imensos dilemas jurídico-morais e deontológicos, que nos levam a extravasar o que penso ser uma interpretação demasiado extensiva e contra legen dos direitos reprodutivos ampliada pelas possibilidades criadas pelas novas técnicas de reprodução medicamente assistida.

No entanto, R.C. estuda também, "*el derecho a la no procreación",* o direito a não procriar, como direito a impedir a descendência, inclusivamente por motivos diversos do desejo de não se reproduzir, como é o caso da mulher que apresenta um estado de saúde que desencoraja a gravidez apesar do desejo intrínseco de ser mãe; situação que pode acontecer de facto, quando a gravidez possa colocar em risco a saúde e a vida da mãe.

Assim, vários são os métodos de evitar a descendência não desejada, a esterilização, com vista à manutenção da possibilidade de ter relações sexuais sem "risco" de concepção (procedimento preventivo), os métodos anticoncepcionais mais variados e o aborto como último caminho para evitar ter um filho…

Na área da saúde, os avanços biomédicos e as inovações tecnológicas no âmbito das técnicas de reprodução levantam vários problemas de Direitos

Humanos nas origens da vida…[4] Todos os progressos científicos de que falámos potenciam cada vez mais, o distanciamento e consequentemente a desigualdade entre os países desenvolvidos e países não desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, porque só os países mais desenvolvidos, as chamadas potências tecnológicas, estão em condições de aceder a esses métodos, como tal, só nesses países desenvolvidos existem as técnicas que possibilitam o acesso ao livre desenvolvimento e manutenção dos Direitos Humanos reprodutivos, que de facto deveriam estar ao alcance de todos, por isso é que o discurso jurídico também é mais "crú" e vital nos países não desenvolvidos, como acontece em relação ao planeamento familiar.

Segundo a antiga Deputada beirã, Dra. Ana Manso, membro do grupo parlamentar português para a População e o Desenvolvimento, na sua comunicação: *"Não há desenvolvimento sem saúde sexual reprodutiva*" no âmbito do Colóquio: "*Desafios à saúde sexual y reprodutiva y compromissos com desenvolvimento"* na Assembleia da República Portuguesa, disse também: *"Por todo o lado, a redução da fertilidade e a SIDA levaram a uma queda da produção agrícola em África, desde 1980…"com alguns senhores deputados aqui presentes, tivemos o privilégio de visitar e de conhecer a realidade de saúde reprodutiva em Moçambique e em Angola. Tivemos o privilégio de, em 2004, acompanhar a maioria das reuniões internacionais de acompanhamento e avaliação do Cairo + 10…."investir na saúde sexual e reprodutiva é fazer a diferença com o desenvolvimento…."Cairo abriu as portas….Pequim mostrou vias de acesso…falta-nos efectivar os programas…""Impõe – se a questão. Que valor tem a liberdade quando se está a morrer de fome ou de doença?"*.

[4] Ver: Sobre esta questão o resumo do Artigo do Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, titular da Cátedra UNESCO de Bioética (UBA), Buenos Aires, Argentina. BERGEL, D.S. in *Acta Bioethica* 2002; 8(2) "Los derechos humanos: entre la bioética y la genética" cit.: *"La evolución operada en genética humana a partir de la década de los cincuenta, actuó como disparador en múltiples campos, en especial en los referidos a la bioética y al derecho. Muchos de los avances realizados pueden rozar la dignidad del hombre, a la par que impulsan la creación de nuevos derechos humanos. En base a ello se analizan los impactos más significativos de la nueva genética sobre la sociedad: el peligro de una nueva eugenesia, la discriminación por razones genéticas, el manejo de la información genética, los problemas derivados de la investigación sobre el genoma, la apropiación del material genético humano; marcando algunos senderos a recorrer, a modo de conclusión."* Em: **http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-_569X2002000200011&script=sci_arttext** (Consultado em 15/08/2014)

Segundo Gonzáles Morán[5] ao abordar o estudo das técnicas da reprodução humana assistida, apresentam-se dois problemas: um: "*el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana (…) algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco*" e outro: a necessidade do respeito pela vida e pela dignidade da pessoa humana bem como pelos seus direitos e liberdades fundamentais. Para este autor "*la novedad de tales técnicas impidió su inserción y valoración jurídica en los códigos civiles tradicionales*", provocando o que posteriormente viria a constatar-se "vacío legal" (*vacacio legis*/vazio legal) em âmbitos e domínios muito comprometidos com a realidade e os Direitos Humanos.

Para Pérez Luño, "*las nuevas tecnologías han contribuido decisivamente, a posibilitar un conocimiento más radical del propio ser humano. Durante milenios el hombre ha sido un desconocido para sí mismo. Desde la perspectiva de los avances científicos y tecnológicos de nuestro tiempo, no pueden dejar de considerarse como meras elucubraciones ingenuas e insuficientes las teorías y conjeturas rudimentarias, que desde la medicina, la biología, la psicología y la filosofía se venían haciendo sobre el significado y estructura de la naturaleza humana".*[6]

Para este Professor, Catedrático de Filosofía do Direito da Universidade de Sevilha, o estudo destas matérias é um marco de referencia para o estudo e protecção dos Direitos Humanos: *"En los últimos años los avances de la ingeniería genética y la biotecnología han permitido trasladar desde la incertidumbre y la penumbra de las elucubraciones a la seguridad de los datos científicos, el conocimiento de la vida humana. Los estudios sobre el genoma humano y la consiguiente revelación del mapa genético de nuestra*

---

5 En GONZÁLEZ MORÀN, L., *De la bioética al Bioderecho - Libertad, vida y muerte,* Madrid, Dykinson, 2006.

6 Véase: PÉREZ LUÑO, A.-E. *La Tercera Generación de Derechos Humanos – IV Biotecnologías e intimidad,* Navarra, Aranzadi S. A., 2006, p. 155. *(*que cit.*) (cfr.:* CASADO*, 1998 Gracia, 1989)*.

especie constituyen un nuevo marco de referencia para el estudio y la propia tutela de los derechos humanos."[7]

Assim, também nós encontramos cada vez mais, o desenvolvimento da protecção do caminho moderno dos Direitos Humanos, conectado com o estudo multidisciplinar e com as fronteiras da biomedicina actual, confrontado com o estudo da génese do próprio humano e com a sua essência, que aqui chamamos: As Origens da Vida…

Bibliografía:

ABELLÁN, F. y CARO, J.S., *Bioética y Ley en reproducción humana asistida: Manual de Casos Clínicos*, Granada, Comares, 2009.

ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: derecho español y comparado,* Navarra, Aranzadi, 2003.

ARROYO |AMAYUELAS, Esther, "Interpretación de testamento contraria a los Derechos Humanos"*,* in *Derecho Privado y Constitución*, 18, 2004, p. 7 -87.

ARA PINILLA, I., *Las Transformaciones de los Derechos Humanos,* Madrid, Tecnos, 1994.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA, "Questões de Bioética", *in Colecção Temas 1*, Procriação Medicamente Assistida, Utilização do Embrião, Vol. II, 1992.

BARBAS, S. Marcos Neves, *"*Aspectos Jurídicos da Inseminação artificial "post mortem"*, in Colectânea de Jurisprudência*, tomo II, 7º, 1999, p. 21 – 24.

BARBAS, S. Marcos Neves, "Da problemática jurídica dos embriões excedentários", *in Revista de Direito e de Estudos Sociais,* 2000,Jan/Jun., p. 103 – 113.

BARBAS, S. Marcos Neves, *Direito ao Património Genético,* Coimbra, Almedina, 2006.

[7] Véase: PÉREZ LUÑO, A. E.: *La Tercera Generación de Derechos Humanos – IV Biotecnologías e intimidad,* Navarra, Aranzadi S. A., 2006, p. 155. Cit. *(cfr.:* CASADO*, 1998 Gracia, 1989)*, (que cit.) *(cfr.* MALEM *SEÑA, 1995, Porras del Corral, 1996)*.

BERGEL, D.S. "La Declaración Universal de la Unesco sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos", *Cuadernos de Bioética, 2,* 1998, p. 387 – 405.

BERGEL, D.S. "Acta Bioethica*",* 2002, **http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2002000200011&script=sci_arttext** (Consultado em 15/08/2014)

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, J.M. Bosch, 1995.

COELHO, Pereira y OLIVEIRA, Guilherme de**,** *Curso de Direito da Família,* Vol. I (3ª ed.), Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

CONSEIL DE L´EUROPE, "Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale*", Dossier sur les Droit de L´Homme*, 7, Strasbourg, 1985.

DÍAZ, Martínez A., *Régimen de la reproducción asistida en España: El proceso legal de reformas,* Madrid, Dykinson S.L., 2006.

GODAY VÁZQUEZ, M. Olaya, *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario,* Madrid, Dykinson S.L, 2014.

GOMES COBACHO, José António, *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reprodución Humana Asistida,* Madrid, Thomson Aranzadi, 2007.

GONZÁLEZ MORÁN, L., *De la bioética al Bioderecho - Libertad, vida y muerte,* Madrid, Dykinson, 2006.

HIDALGO ORDÁS, M.C., *Análisis jurídico – científico del concebido artificialmente: En el marco del experimentación génica,* Barcelona, Bosch, 2002.

HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (HFEA), "*The HFEA guide to infertility and directory clinics",* 2005/2006.

IDIÁKEZ ITIZIAR, Alkorta, *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva – Derecho Español y comparado,* Navarra, Thomson Aranzadi, 2003.

LLEDÓ YAGUE, F. y OCHOA MARIETA, C. y MONJE BALMASEDA, O., *Comentarios científico – jurídicos a la Ley sobre Técnicas de*

Reproducción Humana Asistida: Ley 14/2006 de 26 de Mayo, Madrid, Dykinson, 2007.

MOTA PINTO, Paulo, **"**Indeminização em caso de "Nascimento Indevido" e de "Vida Indevida" ("Wrongful Birth" e "Wrongful Life"), *in Lex Medicinae,* 4, 7, 2007.

OLIVEIRA, Guilherme De, "Um Caso de Selecção de Embriões", *in Lex Medicinae,* 1, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme De, "Beneficiários da Procriação Assistida" *in Temas de direito da medicina"*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 31 – 58.

PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Madrid, Tecnos, 1984.

PÉREZ LUÑO, A.E., **"**Las Generaciones de Derechos Fundamentales"*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* 10, 1991.

PÉREZ LUÑO, A.E., *Los Derechos Fundamentales,* Madrid, 6ª ed., Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, A.E., *La Tercera Generación de Derechos Humanos,* Navarra, Aranzadi, 2006.

RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito á Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro,* Coimbra, Almedina, 2014.

ROMEO, C., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana,* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1994

ROMEO, C., (Ed.), "La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa", *in Revista Derecho y Genoma Humano*, 24, enero/julio 2006, p. 75/ss.

SERRÃO, D., *Livro Branco - Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica,* Lisboa, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, 2003.

VALE E REIS, R., *O direito ao conhecimento das origens genéticas,* Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

VALE E REIS, R., "Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – Criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e Outras Soluções Criminalmente Duvidosas"*, in Lex Medicinae,* 7, 13, 2010.

PROENÇA XAVIER, João, *Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentarios en la Reprodución Medicamente Asistida,* Tesina Doctorado Pasado y Presente de Los Derechos Humanos, Salamanca, 2012.

Las limitaciones de la instance equité et reconciliation marroquí y las revueltas de 1984

Camilo Herrero García[1]

Resumen: Las revueltas de enero de 1984 en Marruecos focalizaron su acción en el territorio del Rif. Incluidas dentro del ciclo de "revueltas del hambre" o "revueltas del pan" en esta década por la intervención del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial en el Magreb. Las revueltas se debieron de la mala gestión económica, política y social del régimen marroquí, sobre todo de este territorio, que había sido marginado deliberadamente desde la revuelta de 1958 contra el poder central.

El resultado de la represión desmedida de las fuerzas del orden fue, dependiendo de las fuentes, de 49 (según la IER) o 400 muertos (según la Asociación de Marroquíes en Francia y la Asociación de Trabajadores Marroquíes en Francia). Lo que está claro es que será difícil conocer la cantidad y los nombres de las víctimas, sobre todo con una IER muy limitada en su acción para un verdadero resarcimiento de las violaciones de derechos humanos.

Palabras claves: Rif, revuelta de 1984, IER, Hassan II.

Abstract: The rebellions of January 1984 in Morocco focused its action on the territory of the Rif. They were written into the cycle of "food riots" or "bread riots" in this decade by the intervention of the International Monetary Fund and the World Bank in the Maghreb. The rebellions were the result of economic, political and social mismanagement of the Moroccan regime, especially this territory, which had been deliberately outcast since the rebellion of 1958 against the central power.

The result of the excessive repression of the armed forced was, depending on the sources, 49 (according to IER) or 400 murdered (according to the Association of Moroccans in France and the Association of Moroccan Workers in France). What is clear is that it will be difficult to know the number and names of victims, especially with the IER limited action for compensate the human rights violations.

Keywords: Rif, the 1984 rebellion, IER, Hassan II.

[1] Graduado en Historia por la Universidad de Salamanca, Máster en Estudios Árabes e Islam Contemporáneo por la Universidad Autónoma de Madrid. Doctorando/Becario FPU 2016 del departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Facultad de Geografía e Historia de la Universidad de Salamanca. Dirección de correo: camilohg@usal.es.

1. Introducción

El régimen alauí independiente que va a surgir a partir de 1956 (y que se va a ir constituyendo en 1962, 1970 y 1972) llevó a cabo toda una serie de violaciones de derechos humanos en las rebeliones civiles se van a ir produciendo en las décadas en que se va a ir construyendo el nuevo Estado (1958, 1965, 1981, 1984 y 1990)[2].

El Rif ha centrado gran parte de la atención de las fuerzas represivas a lo largo de la historia por su propia especificidad y sobre todo en el periodo colonial. Esto se debe a la particularidad por la presencia de la cultura amazigh (o beréber)[3], el sustrato étnico de población autóctona que ha resistido en el Magreb (y concreto en el Rif) sin perder todos sus rasgos característicos pese a las constantes invasiones.

Los árabes fueron los últimos que dominaron el territorio y que supusieron la inclusión en el ámbito islámico. Aunque en la actualidad gran parte del territorio marroquí tenga por principal lengua al árabe, en realidad lo que se encuentra es una sociedad étnica amazigh que ha sido arabizada con el paso del tiempo[4].

Esta diferencia entre culturas se representó (aunque no de manera plenamente exacta) en el sultanato marroquí de manera política en la tradicional división *bled majzén* y *bled siba*. El primero abarcaría el territorio sometido realmente al gobierno del sultán y que por tanto aceptaba su plena soberanía (culturalmente de mayoría árabe), mientras que en el segundo el poder del sultán era más sutil[5]. En el *bled siba* se incluía el Rif, la cadena montañosa del norte marroquí, al lado del mar Mediterráneo, desde Tánger y Ceuta hasta Melilla. Entre 1912 y 1956 fue parte del protectorado español, al que causó serios problemas en su implantación colonial por la guerra comandada por Abd el-Krim entre 1912 y 1927.

En el momento de la independencia había unas relaciones muy fluidas entre las instancias españolas y rifeñas, lo que levantaba las suspicacias de los nacionalistas árabes del Partido del Istiqlal en la inclusión de este territorio en el nuevo conjunto estatal. De esta manera el rechazo de los rifeños respecto a la actuación de

[2] Además de los golpes de Estado de los militares de 1971 y 1972, que supusieron la retirada del poder deliberada de este estamento para devolvérselo a las fuerzas civiles.

[3] MADDY-WEITZMAN, Bruce. "Berber/Amazigh "Memory Work", in MADDY-WEITZMAN, Bruce y ZISENWINE, Daniel (eds.). *The Maghrib in the new century: identity, religion, and politics*. Gainesville: University Press of Florida, 2007, pp. 50-72, p. 71.

[4] En la actualidad el 70% de la población se reconoce amazigh (y 45% hablan tamazight). SEGURA, Antoni. *El Magreb: del colonialismo al islamismo*, Barcelona: Universitat de Barcelona, 1994, p. 31.

[5] Este incluía territorios cuya obediencia respondía a la capacidad del monarca de poder imponerse militarmente. Esto hacía que las fronteras del imperio fueran muy fluidas, permitiendo mantener la identidad amazigh de estos territorios, como sucedió en el Rif. MADDY-WEITZMAN, Bruce. "Berber/Amazigh…", pp. 52-54.

este partido y del poder central de Rabat inició la revuelta de 1958. Esta se saldó con una fuerte represión comandada por el príncipe Muley Hassan (líder de las Fuerzas Armadas Reales) en la que se usó napalm y bombas de fósforo y fragmentación contra la población civil, lo que según las fuentes provocó 8000 víctimas mortales[6].

A partir de este momento se impuso por la administración central el abandono deliberado del territorio desde todas las vertientes posibles: económica, administrativa y cultural. Esto implicó la gran pobreza del Rif por la unión de esta marginación junto con una gran superpoblación y la infertilidad de la tierra.

Por último no se puede obviar la acción de la Instance Equité et Reconciliation (creada el 6 de noviembre de 2003) en el reconocimiento (de manera parcial) de las violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por el régimen marroquí a partir de 1956, sobre durante el reinado de Hassan II (1961-1999)[7], y que sería el culmen del proceso de liberalización política iniciada en la década de 1990. Esta Comisión de la Verdad no tiene ningún precedente en el mundo árabe, de ahí su importancia[8]. Además, tenía el cargo de identificar e indemnizar a las víctimas por abusos de los derechos humanos. De esta manera tuvo que analizar públicamente los capítulos más negros del reinado de Hassan II[9], siendo publicados los resultados el 30 de noviembre de 2005. Sin embargo la IER tuvo una actuación muy limitada, ya que fue la propia monarquía la que marcó los parámetros para establecer el análisis de los hechos.

2. La organización estatal del Marruecos independiente

En la década que sigue a la independencia se fue conformando un sistema de monarquía constitucional pluripartidista donde el monarca no tiene que responder ante la ciudadanía ni someter su gobierno al parlamento. Este fue inaugurado en 1962 con la primera Constitución de Marruecos, redactada por Hassan II, donde se estableció un sistema que evitara la implantación de un sistema de partido único (como había ocurrido en Túnez y Argelia). Esto fue posible gracias a la organización de gobiernos

[6] DIOURI, Moumen. *La realidad de Marruecos: la dinastía alauita: de la usurpación al atolladero,* Madrid: Encuentro, D.L. 1988*,* p. 147.

[7] Mohamed VI ha sabido gestionar la búsqueda de la verdad para reconciliarse y reparar la memoria de la población marroquí, sobre todo la narrativa de la historia del Rif, uno de los grandes tabúes bajo el reinado de Hassan II. Este inició la tendencia con la reactivación de la vida parlamentaria de una manera más seria, promoviendo un gobierno de alternancia de la USFP. STORM, Lise. *Democratization in Morocco*, Londres: Routledge, 2010, pp. 163-173.

[8] IER. *La verdad y las responsabilidad relativas a las violaciones*, Rabat: Consejo Consultivo de los Derechos Humanos, 2009*,* vol. 1, p. 11.

[9] Sobre todo se prestó atención a las desapariciones de disidentes políticos llevados a cabo en la década de 1970 (los años con más represión). IER. *La verdad…,* vol. 1, p. 12.

por parte de la monarquía durante el reinado de Mohamed V donde limitaba la acción del Partido del Istiqlal (el gran partido nacionalista). Esto consiguió debilitarlo frente al rey, sobre todo con la organización del gobierno de Abdallah Ibrahim (miembro del PI, pero de la facción de izquierda), que implicó la escisión del PI en 1959 de la Unión Nacional de Fuerzas Populares[10]. Aparte de la división del movimiento nacionalista, la monarquía fue constituyendo partidos políticos favorables a su autoridad, siendo el primero el Frente para la Defensa de las Instituciones Constitucionales en 1963[11].

La monarquía se estableció como el principal agente estatal, detentor del poder y articulador del régimen. De esta manera se comenzó a constituir un régimen autoritario absolutista entorno a la figura del monarca. El freno a los agentes políticos se produjo también por la organización de las Fuerzas Armadas Reales, lo que le concedió el poder coercitivo de la nación al monarca directamente. Además llegó a un acuerdo con los notables rurales, cuyos poderes y privilegios tradicionales quedaron confirmados, en detrimento de los dirigentes urbanos del PI[12].

Frente una posición conservadora del rey tanto en política, social y economía, los agentes políticos de izquierdas reaccionaron contra la institucionalización que estaba llevando a cabo Hassan II. El monarca se sirvió de las fuerzas del orden para frenar su acción, lo que conllevó una fuerte represión de los miembros de la UNFP y del Partido Comunista. El escenario de violencia y represión entre los agentes de izquierdas (y en general aquellos que querían desarrollar un sistema democrático) y las fuerzas del orden fue incrementándose.

En este contexto político, la primera Constitución (1962) entorpeció los gobiernos, que no pudieron hacer frente a las dificultades económicas ni realizar las transformaciones necesarias para superarlas. La nación independiente tenía una moderna infraestructura, una cierta capacidad industrial (débil y dependiente) y un sector agrícola que necesitaba una profunda reforma que no llegó[13]. Además, el capital seguía perteneciendo en su mayoría a las naciones protectoras.

[10] STORM, Lise. *Democratization in*…, pp. 14-15. Partido de izquierdas, que en 1975 se refundó en la Unión Socialista de Fuerzas Populares.
[11] Luego en 1978 surgió para la misma intención el Reagrupamiento Nacional de los Independientes, en 1981 el Partidos Nacional Demócrata y en 1983 la Unión Constitucional.
[12] STORM, Lise. *Democratization in*…, p.16.
[13] Los pequeños propietarios seguían produciendo de manera tradicional, sin mecanizar. Además se apostó por la producción para exportar, con lo que se desabasteció el mercado interior de materias primas. GILSON MILLER, Susan. *Historia del Marruecos moderno*, Madrid: Akal, 2015, p. 236.

De esta manera, la importación era superior a las exportaciones, que se centraban en las materias primas y los bienes de consumo, lo que suponía una balanza de pagos desfavorable y que la economía fuera dependiente completamente del exterior. Por lo tanto, había un débil crecimiento de la economía y que no era equiparable al fuerte crecimiento de la población marroquí. Así en 1964 se dio la primera crisis financiera de la independencia por la descapitalización provocada por la salida de capitales coloniales, lo que hizo que entrase en la escena económica del país al FMI y al BM, lo que adhirió a Marruecos al liberalismo económico, para así se lograse sanear las finanza públicas y relanzar la economía[14].

Mientras tanto, la situación de la población era muy complicada, ya que los sueldos estaban congelados y el índice de paro llegaba a la mitad de la población en edad de trabajar. El subdesarrollo y la pobreza era por tanto la tónica general de los marroquíes.

En este contexto, los partidos nacionalistas se convirtieron en la oposición y la tensión entre el gobierno y ellos fue aumentando, estallando la situación en marzo de 1965 con las revueltas en Casablanca, Fez y Rabat, iniciados por los estudiantes a los que se unieron pronto obreros y desheredados. El choque con las fuerza del orden provocaron combates que dejaron 50 muertos según la IER (1500 según las fuentes extraoficiales). Al final el estado de excepción fue proclamado el 7 de junio, con la disolución del Parlamento y la suspensión del régimen constitucional, otorgándose el monarca poderes absolutos durante los siguientes 5 años. En este momento se sentó un precedente peligroso en el Estado marroquí, ya que la protesta popular aparecía ante la población como un medio legítimo para enfrentarse al régimen autoritario[15].

3. Los “años de plomo”

Los “años de plomo” hacen referencia al periodo que fue desde la proclamación del estado de excepción hasta mediados de la década de 1980, momento en que se empezó a relajar la represión generalizada. Su referencia remitía a la complicada situación social de aquellos años.

La población seguía en plena movilización por una situación muy convulsa por la desigualdad, la corrupción, la pobreza y la falta de libertades. Esto hizo necesario

[14] VERMEREN, Pierre. *Histoire du Maroc depuis l'indépendance*, Paris: La Découverte, D.L. 2002, p. 29.
[15] VERMEREN, Pierre. *Histoire du…,* p. 45.

que el monarca promoviera la vuelta a la vida constitucional para asentarse en la sociedad civil (en concreto sobre la conservadora ante el temor del aumento de poder de la izquierda) aunque los partidos políticos habían dejado de participar totalmente en la escena estatal, mientras que los militares y los campesinos (sus tradicionales sostenes durante el estado de excepción) comenzaron a distanciarse del rey. Esto se produjo sobre todo a raíz de los golpes de Estado militares que demostraron a Hassan II el error que había supuesto convertirlos en la contención de los partidos políticos.

Así, la nueva Constitución de 1970 en vez de cerrar el estado de excepción lo que hizo fue institucionalizarlo, ya que sirvió para reconocer el poder supremo de la monarquía. La situación llegó a tal extremo que el ejército se levantó contra el monarca en dos golpes de Estado, el primero el 10 de julio de 1971 y el segundo el 16 de agosto de 1972 (además de un nuevo intento en 1973). Los militares se alzaron como guardianes de la moralidad (ante la corrupción generalizada del régimen) para repartir la riqueza y el ejercicio del poder entre más estratos de la población[16].

Ante el primer golpe, en 1972 entró en vigor una nueva Constitución que establecía una cierta diferenciación entre los diferentes poderes. El régimen quería normalizar la situación combinando represión y medidas populistas. Así se fue estableciendo una mayor tolerancia con la oposición y la apertura del régimen que fue consolidando el sistema pluripartidista con las elecciones legislativas en ese año[17].

Sin embargo, el revulsivo que consiguió unificar al conjunto de la población marroquí fue la campaña para la anexión del Sáhara, iniciada en 1973 y que tendrá su punto culmen en la Marcha Verde en octubre de 1975. Ante este hecho todos los partidos políticos centraron su atención en la culminación de este proceso, lo que se denominó la Unión Sagrada. A la vez sirvió para dirigir la atención de los militares sobre este territorio y de esta manera conseguir reorganizar las FAR para que no volvieran a enfrentarse a su poder. Así hasta 1981 y 1984 no se volvió a ver una situación convulsa en la sociedad marroquí con la oposición nacionalista[18].

[16] GILSON MILLER, Susan. *Historia del…,* p. 239.

[17] Las siguientes elecciones legislativas fueron en 1977. Estas fueron altamente falseadas o corrompidas por una ley electoral que primaba al voto rural, más fácil de manipular. De esta manera, aunque casi todos los partidos políticos estaban integrados en el gobierno propuesto por el monarca, la USFP salió ante el escarnio sufrido por unas elecciones que los relegaron a una posición minoritaria en la escena política del régimen. Así se constituyó en la principal fuerza de la oposición, aunque el PI también se acabó uniendo (mediados de la década 1980). VERMEREN, Pierre. *Histoire du…,* p. 80.

[18] STORM, Lise. *Democratization in*…, pp. 38-40.

A pesar de la vuelta al constitucionalismo, la represión política atacó a los miembros de la UNFP y de Ilal Aman (nacido en 1970 como escisión del Partido de la Liberación y el Socialismo –denominación del PC durante su periodo de legalidad-) lo que incluyó muertes, torturas, secuestros y procesos judiciales dudosos[19].

4. El desarrollo económico pre-revuelta

A la vez se inició el estado de excepción en 1965 se comenzó a prestar un mayor interés en la aplicación de políticas desarrollistas con la planificación de planes quinquenales (el primero fue propuesto con el gobierno de Abdallah Ibrahim de la UNFP en 1959) para que la economía nacional pudiera crecer dentro de un espacio de bonanza económica internacional. De esta manera el Estado marroquí, que estaba apenas endeudado a mediados de la década de 1960, comenzó a financiarse a través de préstamos baratos del FMI, llegando en el 1972 la deuda externa al 23% del PIB[20].

El verdadero desarrollo económico de Marruecos vino a partir del plan quinquenal de 1968 a 1973 (el tercero desde la independencia). En el sector agrícola, se intensificó la producción para la exportación (aunque cada vez era menos importante en el conjunto de la economía) pero sin llevar a cabo la reforma agraria necesaria. El sector industrial, aunque era muy limitado, observó el desarrollo de la industria manufacturera, dentro de la tendencia de la industrialización por sustitución de importaciones, en el caso de Marruecos de carácter ligero (agro-alimentaria, textil, química y paraquímica). En este contexto se observó un crecimiento de cerca de un 6% del PIB anual gracias al precio alto de los fosfatos (del que Marruecos era el principal exportador mundial), la construcción pública y el endeudamiento[21].

Pese a este avance, la situación era muy frágil ya que la dependencia económica del exterior, la falta de capital y el déficit comercial era cada vez más acusado. Además la situación social se veía muy deteriorada ya que las ganancias solo repercutían en una parte muy limitada de la población, mientras que la mayoría se hacinaba en *bidonvilles* en las grandes ciudades (sobre todo Casablanca), donde se observaba el florecimiento de la economía sumergida y unos niveles altísimos de paro. Toda esta situación era una fuente de conflictos, con lo que era necesario

[19] VERMEREN, Pierre. *Histoire du…,* p. 58.
[20] VERMEREN, Pierre. *Histoire du…,* p. 55.
[21] VERMEREN, Pierre. *Histoire du…,* p. 68.

mantener los subsidios de los alimentos básicos (para que fueran baratos) para evitar el levantamiento de la población, lo que sucederá cuando aumenten en 1981 y 1984.

En el siguiente plan quinquenal (1973-1977) se empezó a poner una mayor atención en la mejora de la situación económica del conjunto de la población marroquí. El 2 de marzo de 1973 se inició el proceso de "marroquinización", decretándose la recuperación de tierras, empresas agrícolas, mineras, comerciales, financieras, industriales y servicios terciarios del capital extranjero[22]. Así en este plan quinquenal se observó un crecimiento de PIB de más de un 7% anual, pero de nuevo gracias al precio alto de los fosfatos[23].

Fue a partir de la aplicación del siguiente plan quinquenal (1978-1982) donde se empezó a vislumbrar la crisis económica que se prolongó durante la década de 1980. La situación mundial incidió con el aumento del precio del petróleo (1973) lo que tuvo como consecuencia la contracción de la economía mundial y la crisis de la deuda externa de principios de la década de 1980[24], que en el caso marroquí ascendió a 11 billones de dólares. La crisis de la deuda implicó la caída de los precios de las materias primas, en el caso de Marruecos el fosfato (que seguía siendo su sostén económico). Además continuaba el conflicto del Sáhara que consumía un 7% del PIB cada año.

De esta manera, se frenó la política desarrollista y el régimen se tuvo que subordinar a la austeridad impuesta por los organismos económicos internacionales (FMI y BM) con el Programa de Ajuste Estructural (cuyas medidas fueron la raíz de las revueltas) que quería frenar el fuerte endeudamiento exterior de la nación[25].

Las medidas del PAE supusieron la devaluación del dírham, la reestructuración de parte de la deuda, una gran cantidad de recortes en la inversión pública (1/3 del presupuesto) y la necesidad de acabar con los subsidios a los alimentos de primera necesidad. Esta suponía un grave problema para la monarquía, ya que su legitimación venía de la capacidad de alimentar a una población carente de derechos y libertades.

5. Las "revueltas del hambre" o "revueltas del pan"

Las revueltas de 1984 tenían un contexto económico y sociopolítico muy diferente al de 1958. Estas se han definido como "revueltas del hambre". Estas se

[22] Esto fue un fracaso porque solo benefició a las grandes familias ricas, que eran las únicas capaces de afrontar la compra de todos estos bienes económicos.
[23] VERMEREN, Pierre. *Histoire du…,* p. 66.
[24] La subida del precio del petróleo implicó la subida del dólar y el aumento de los tipos de interés en parte por el déficit comercial que sobrevenía al país.
[25] VERMEREN, Pierre. *Histoire du…,* p. 82.

empezaron a expandir en la década de 1980 por los países más oprimidos por las medidas del FMI en el norte de África. De esta manera de un levantamiento puramente socio-económico se acabaron incluyeron aspectos políticos.

La organización y desarrollo de estas revueltas fueron igual. En un principio se organizaban huelgas educativas (*lycees* y universidades) ya que los estudiantes observaban como la educación que estaban recibiendo y que entendían como elemento sustentante de su propia promoción social, no servía para tal fin. Esto hacía que se desarrollaran protestas donde se mezclaban las demandas de los estudiantes con el descontento generalizado por una situación económica y social pésima, sin libertades ni derechos.

En el caso de las revueltas de 1984, los estudiantes de secundaria comenzaron el levantamiento ante la imposición estatal del pago de tasas para inscribirse en el examen del *baccalauréat* (50 dh). Esta cantidad era abusiva para un trámite que era necesario para estudiar en la universidad y que se oponía a la gratuidad que debía disponer la educación pública. A esta acción se unieron los parados (en el caso de Marruecos con unas cifras muy alarmantes), pobres, desheredados, etc. En resumen, todos a los que afectaba más la desigualdad y la marginalización. Pero a este constante descontento en la década de 1980 el aumento de los precios de alimentos de primera necesidad fue el punto de inflexión que hizo estallar a la población[26].

La retirada de las subvenciones a los alimentos de primera necesidad fue la medida más impopular que el régimen tuvo que implantar, ya que afectaba a todo el conjunto de la población marroquí por igual, y se cebaba sobre todo con el 40% de la población que estaba por debajo del umbral de la pobreza.

En Marruecos, el ciclo de estas revueltas comenzó el 28 de mayo de 1981 con el aumento del precio de los productos alimenticios básicos. El 2 de junio la Confederación Democrática del Trabajo (sindicato de la USFP creado en el 1978) llamó a la movilización para acabar con esta situación, logrando el descenso a la mitad de la subida. Sin embargo se convocó una huelga general el 20 de junio que desencadenó una fuerte represión por las movilizaciones, generándose entre 637 y 1000 muertos[27].

[26] Destacaron en el caso de Marruecos la revueltas de 1981 y 1984, que tras el anuncio de la retirada de las subvenciones tuvieron que volver a restablecerse, como sucedió también en Túnez en 1983.
[27] Siempre según fuentes extraoficiales. Según el ministerio de Interior esta revuelta provocó 66 muertes, aunque la propia IER rectifico el número a 114. SEDDON, David. “Riot and Rebellion in North

En el caso de las revueltas de 1984 las subvenciones a los alimentos se implantaron de manera progresiva a partir de agosto de 1983. En este momento se produjo un descenso del 20% de las subvenciones, haciendo elevar el mismo % el precio de los alimentos subvencionados[28]. En diciembre se produjo una nueva subida, que iniciaron las revueltas inspiradas en las desencadenadas en Túnez, donde la subida de precios se implantó de una manera más radical dentro del programa aprobado por el FMI y el BM para lograr estabilizar la economía de este país[29].

De esta manera, a finales de diciembre de 1983 se iniciaron las movilizaciones en Túnez. Al igual que luego sucedió en Marruecos, las revueltas se generalizaron, con la respuesta violenta del régimen (incluyendo también un centenar de muertos) y la reimplantación de los subsidios el 6 de enero de 1984[30].

6. Las revueltas de 1984

En Marruecos las revueltas se iniciaron el 4 de enero de 1984 en Marrakech[31] ante el anuncio de la medida menos popular que se incluía dentro del PAE: el aumento del precio de los productos de primera necesidad (harina, azúcar, té, aceite y sémola). Estos alimentos estaban subvencionados por el régimen marroquí. Sin embargo, la complicada situación económica del país, que había supuesto la aplicación del PAE, junto con la ausencia de libertades políticas, individuales y colectivas supusieron el alzamiento primero de esta ciudad y a continuación del territorio más abandonado durante todo el régimen de Hassan II, el Rif[32].

La principal causa que explicó que este territorio fuese el más movilizado se encuentran las consecuencias de la revuelta de 1958 contra el poder central. Esta supuso el abandono y desinterés de las instancias del régimen de Rabat por este territorio. Así la marginación económica deliberada recrudeció las consecuencias de

Africa: Political Responses to Economic Crisis in Tunisia, Morocco and Sudan" in BERBEROGLU, Berch (ed.), *Power and Stability in the Middle East*, London: Zed Books, 1989, pp. 114-135, p. 129.

[28] El té (bebida usual de los pobres) subió un 77%. SEDDON, David. "Riot and…, p. 131.

[29] Se duplicó el precio de los alimentos subvencionados.

[30] SEDDON, David. "Riot and…, p. 114.

[31] Marrakesh (además de en Agadir, Juribga, Beni Mellal y Safí) fue donde se dieron las primeras muestras de una situación social presumiblemente explosiva, ya que entre 1983 y 1984 se evidenció el aumento del coste de vida, junto con una situación muy complicada para los pobres y parados. Aun así la principal acción se dio en el Rif. SEDDON, David. "Riot and…, p. 116.

[32] SEMPRÚN, Antonio. "El Ejército comienza a retirarse de las ciudades del norte", *ABC*, 25 de enero de 1984, p. 30.

esta crisis económica[33]. En las décadas de 1960 y 1970 se encontraron situaciones donde el paro llegó al 65% de la población activa en este territorio y donde el subdesarrollo de la industria y de la agricultura era muy evidente respecto a otros territorios (y sobre todo en las zonas montañosas de la región).

Esto llevó a que las revueltas iniciadas en el sur se trasladaran al Rif. Las movilizaciones comenzaron en Nador y Alhucemas el 11 y 12 de enero, extendiéndose también a Tetuán, la principal ciudad del Rif. Sin embargo, las protestas más encarnizadas comenzaron con un carácter estudiantil el 19 de enero.

En Alhucemas las revueltas se prolongaron del 11 al 17 de enero. En un primer lugar las instancias marroquíes informaron de la muerte de 4 personas (más 4 heridos) aunque la IER aumentó el primer número hasta 12. La propia instancia reconoció que en el caso de Alhucemas encontraron muchas dificultades por la destrucción de los registros de recepción de cadáveres del hospital Mohamed V de dicha ciudad[34].

Para explicar esta divergencia en los números, una de las principales razones del desconocimiento internacional de estas revueltas fue el cierre de la frontera de Melilla y Ceuta a los periodistas por orden del régimen. Solo la Asociación de Marroquíes en Francia y la Asociación de Trabajadores Marroquíes en Francia recababan información entre la población y la exponían, disponiendo unos números más reales que los que aportaba el Estado marroquí, que solo reconocía aquellos que no podía evitar ocultar en las múltiples fosas comunes que los miembros de las fuerzas armadas excavaron[35].

De esta manera Nador fue la ciudad de la que más datos se conocieron por su cercanía a la ciudad de Melilla, con lo que los periódicos españoles como ABC y El País recogieron información de primera mano sobre lo que en esta ciudad se estaba desarrollando. Allí las manifestaciones pacíficas comenzaron con la concentración en los *collègues* y *lycees* que fueron desalojados por las fuerzas del orden, lo que llevó los alumnos a las calles. Es en este momento fue cuando se unieron diferentes grupos de obreros y parados de la ciudad ante una situación económica muy complicada para

[33] Esto se observó claramente cuando en el plan quinquenal de 1978 que buscaba reducir las diferencias territoriales concentraba su acción de desarrollo industrial y agrícola en las llanuras atlánticas, pero nunca en las costas del Mediterráneo. SEDDON, David. “Riot and…, p. 118.
[34] IER. *La verdad…,* vol. 2, p. 80.
[35] VÁZQUEZ, Arturo. “El régimen de Hassan persigue a “jomeinistas” y marxistas leninistas”, *ABC*, 24 de enero de 1984, p. 29.

las clases populares, sobre todo por el aumento de los precios de los alimentos de primera necesidad[36].

En el caso de Nador además del alza de los precios a los alimentos, la población empobrecida se vio fuertemente atacada por la política estatal de aumentar las tasas de frontera (100 y 500 dh), lo que afectaba a las actividades económicas irregulares de la población empobrecida y parada de la ciudad que se dedicaban al comercio y contrabando con Melilla.

Las manifestaciones supusieron cuantiosos daños según las informaciones oficiales: 11 comercios y 7 coches incendiados, además de otros 20 coches y 6 escuelas que también fueron atacadas. Ante esto, las fuerzas coercitivas reprimieron fuertemente a la población civil, destacando los disparos indiscriminados desde un helicóptero armado[37]. De esta manera, los proyectiles alcanzaron por igual a los que habían participado en las revueltas como a los que no (incluyendo la muerte de niños que jugaban en la calle). La violencia utilizada por los fuerzas armadas resultó totalmente desproporcionada.

En Nador el resultado oficial fue de 16 muertos y 37 heridos (5 militares)[38]. Sin embargo son muchas las voces que acercan las cifras de muertos en la ciudad a 84. Estos fueron rápidamente ocultados, siendo enterrados sin ningún registro para poder contabilizarlos en fosas comunes cercana al cuartel de Taouima[39].

En atención de los resultados de la IER, esta hace referencia a que los muertos serían los indicados por el ministerio del Interior en 1984. Sin embargo los datos recabados son muy confusos. La propia IER reconoció que al igual que en Alhucemas los registros de defunciones del hospital Al-Hassani no aportaban ningún dato más concreto, en este caso porque no había ninguna inscripción entre el 5 y el 16 de enero.

La IER tuvo que dar respuesta a 11 expedientes relativos a desapariciones (con resultado más que seguro de muerte) en Nador (8 de la misma ciudad y 3 de otras localidades, pero trasladados a Nador: Zaiou, Bni Nsar, Zghanghan). Sin embargo, no

[36] Esto ya se había hecho en 1981, y como en este caso hubo de reimplantarse la subvención ante las protestas. VÁZQUEZ, Arturo. "El régimen.., p. 29.
[37] El *Telegrama de Melilla* publicó una foto del helicóptero disparando el 24 de enero de 1984.
[38] También muchos de los heridos no acudieron al hospital por miedo a ser detenidos vinculados a la revuelta.
[39] La represión general hizo que sus familiares temieran por manifestarse o simplemente huyeron de la ciudad y el país.

se pudo resolver donde fueron inhumados estos fallecidos, que fueron encontrados por unos obreros el 29 de abril de 2008[40].

Tetuán fue la ciudad donde se produjeron los principales incidentes ya que según las dos asociaciones antes mencionadas, solo el 20 de enero en esta ciudad se produjeron 160 muertos (y 60 el 21 de enero)[41]. El 20 de enero fue el más sangriento de las revueltas, ya que en Nador se estimaron 60 muertos y en Alhucemas más de 40 (aunque en el caso de esta ciudad, el 22 de enero se superaron más de los 100 muertos, según las fuentes del ABC[42]).

En Tetuán las instancias gubernamentales anunciaron 9 muertos (refrendados con 9 demandas en la IER). Las pesquisas de la instancia dieron como resultado otros 4. En este caso si se encontraron los registros en el hospital de Tetuán, con lo que pudieron cotejarse las demandas con los fallecidos inscritos. Sin embargo, las fuentes no oficiales hablaron de hasta más de 200 muertos[43], aunque en el propio medio del ABC se reconocía que nunca se conocería la cifra total de muertos.

Sin embargo, la represión no había acabado. Más fuerzas armadas llegaron de Larache y Casablanca, además de una gran cantidad de vehículos blindados de Kenitra[44] para hacerse cargo de las detenciones de los manifestantes. Estas ascendieron a 500. Cada uno de los detenidos recibió 10 años de encarcelamiento para servir de ejemplo[45], aunque algunos de ellos no participaron en la revuelta.

Ante la revuelta, la televisión pública retransmitió el discurso Hassan II del 22 de enero. En él trataba a los rebelados de *awbach*, lo que literalmente era "desechos de la sociedad". En este discurso achacó estas "maniobras de desestabilización del régimen"[46] a agentes marxista-leninistas[47], los servicios secretos sionistas y los jomeinistas (islamistas) que querían desarrollar una revolución como la de los

[40] En esta fecha se encontró una fosa con 15 cadáveres. [S. A.], "Morir con las bolas puestas", *El Mundo*, 16 de mayo de 2008.
[41] VÁZQUEZ, Arturo. "El régimen…, p. 29.
[42] SEMPRÚN, Antonio. "El Ejército…, p. 30.
[43] SEMPRÚN, Antonio. "El Ejército…, p. 30.
[44] [S. A.] "Huelga generalizada en Nador, entierros masivos en Tetuán y desplazamientos militares marcan la jornada en el Rif", *El País*, 24 de enero de 1984.
[45] Los procesos eran una mera formalidad para conceder penas que ya habían fijado obligatorias.
[46] Hassan II no reconoció la incapacidad de acción en este territorio y la difícil situación económica que tenía el país como razón para que se produjera el alzamiento para desprestigiar su posición ante la comunidad internacional ya que en ese momento se estaba produciendo en Casablanca la IV Reunión de la Organización para la Cooperación Islámica. VÁZQUEZ, Arturo. "El régimen…, p. 29.
[47] Esto provocó la rápida acción contra los miembros de Ilal Amam, la principal organización de extrema izquierda. Pero también se produjo la persecución y detención de una gran cantidad de miembros de la USFP, partido que se incluía en la política del régimen aunque desde la oposición. SEDDON, David. "Riot and…, p. 119.

ayatolas[48]. De esta manera Hassan II quería obviar poner el foco de atención en los agentes más extremistas de la oposición, y no atajar los problemas políticos, económicos y sociales que la nación sufría.

Sin embargo, el 23 de enero la situación no había terminado en el norte, ya que se produjo una huelga general que concentró un seguimiento del 90% de los trabajadores. Esta se limitó al Rif, ya que tras el discurso del monarca, el anuncio de que no se subirían los productos de primera necesidad y las múltiples detecciones preventivas en Casablanca hicieron que no se generalizara por todo el país[49].

Las revueltas tuvieron como resultado un baño de sangre. Este es uno de los aspectos más controvertidos, ya que no se sabe a ciencia cierta el total de muertos, disponiendo de un número de cifras de lo más dispar. Para la IER se trataría de un total de 49: 13 víctimas fallecidas en Tetuán, 4 en Ksar El Kébir, 1 en Tánger, 12 en Alhucemas, 16 en Nador y las localidades vecinas, 1 en Zaïo y 2 en Berkane[50]. Estas se llevaron a cabo por el uso de armas de fuego por las fuerzas de seguridad del Estado, aunque se trataran de concentraciones pacíficas. Sin embargo, para otras instancias se llegaron a los 400 muertos, como expusieron la Asociación de Marroquíes en Francia y la Asociación de Trabajadores Marroquíes en Francia[51].

7. Conclusiones

Las revueltas del Rif de 1984 responden a un momento particular de la economía marroquí, pero también fueron resultado de la dejación a la que el régimen de Hassan II sometió a este territorio de Marruecos en cuestión económica y social, como forma de venganza por la revuelta de 1958.

La población agobiada por la situación económica por la medidas del PAE impuesto por el FMI estalló contra un régimen que no era capaz de responder al único elemento que parecía legitimarle hasta ese momento, ya que los derechos y libertades de los marroquíes eran muy limitadas. Así las revueltas fueron radicalizándose y sumando a una cantidad mayor de población, que sufrió una gran represión.

[48] Sobre estos últimos se puso una especial atención en todos los disturbios que se produjeran, ya que fue a partir de este momento sobre todo donde se focalizó el control de los islamistas fundamentalistas como firme opositor a un régimen corrupto e inmoral. Sin embargo en estas revueltas tuvieron una muy limitada acción. VÁZQUEZ, Arturo. "El régimen…, p.. 29.
[49] SEMPRÚN, Antonio. "El conflicto parece aislado en el Rif", *ABC*, 24 de enero de 1984, p. 30.
[50] IER. *La verdad…,* vol. 1, p. 62.
[51] SEMPRÚN, Antonio. "El Ejército…, p. 30.

La IER (gracias a la liberalización política de Marruecos) reconoció la violación de derechos humanos llevada a cabo por los agentes de la autoridad, estableciendo que el uso de armas fue una medida muy desmedida, ya que varios de los fallecidos eran niños y adolescentes, o personas que no participaban en las manifestaciones[52].

La IER ha podido determinar, en algunos casos, la identidad y los lugares de inhumación de las víctimas; en otros, los lugares de inhumación pero sin precisar la identidad de las mismas; y finalmente en algunas circunstancias, la identidad de las víctimas sin llegar a localizar los lugares de inhumación. Esto hace que la IER demuestre su limitada capacidad de actuación y de resarcimiento para lograr la reconciliación con aquellos que vivieron la desaparición de alguien de su familia[53].

Pero sobre todo se demuestra la incapacidad de la instancia en el caso de la rendición de cuentas de los miembros del orden que llevaron a cabo la represión y que han seguido (o siguen) en sus puestos en la ciudad, como es el caso de Housni Benslimane (comandante de la Gendarmería real)[54]. Esta no se ha llevado a cabo de manera deliberada, ya que la IER no tenía la vocación de que sus resultados implicaran el enjuiciamiento de funcionarios estatales.

8. Bibliografía

DIOURI, Moumen. *La realidad de Marruecos: la dinastía alauita: de la usurpación al atolladero*, Madrid: Encuentro, D.L. 1988.

GILSON MILLER, Susan. *Historia del Marruecos moderno*, Madrid: Akal, 2015.

VERMEREN, Pierre. *Histoire du Maroc depuis l'indépendance*, Paris: La Découverte, D.L. 2002.

IER. *La verdad y las responsabilidad relativas a las violaciones*, Rabat: Consejo Consultivo de los Derechos Humanos, 2009.

MADDY-WEITZMAN, Bruce. “Berber/Amazigh “Memory Work”, in MADDY-WEITZMAN, Bruce y ZISENWINE, Daniel (eds.). *The Maghrib in the new century: identity, religion, and politics*. Gainesville: University Press of Florida, 2007, pp. 50-72.

[52] IER. *La verdad…,* vol. 2, p. 83.
[53] IER. *La verdad…,* vol. 4, p. 90.
[54] [S. A.]. “Morir con las bolas puestas”, *El Mundo*, 16 de mayo de 2008.

[S. A.]. “Huelga generalizada en Nador, entierros masivos en Tetuán y desplazamientos militares marcan la jornada en el Rif”, *El País*, 24 de enero de 1984.

[S. A.]. “Morir con las bolas puestas”, *El Mundo*, 16 de mayo de 2008.

SEDDON, David. “Riot and Rebellion in North Africa: Political Responses to Economic Crisis in Tunisia, Morocco and Sudan” in BERBEROGLU, Berch (ed.). *Power and Stability in the Middle East*, London: Zed Books, 1989, pp. 114-135.

SEGURA, Antoni. *El Magreb: del colonialismo al islamismo*, Barcelona: Universitat de Barcelona, 1994.

SEMPRÚN, Antonio. “El Ejército comienza a retirarse de las ciudades del norte”, *ABC*, 25 de enero de 1984, p. 30.

SEMPRÚN, Antonio. “El conflicto parece aislado en el Rif”, *ABC*, 24 de enero de 1984, p. 30.

STORM, Lise. *Democratization in Morocco*, Londres: Routledge, 2010.

VÁZQUEZ, Arturo. “El régimen de Hassan persigue a “jomeinistas” y marxistas leninistas”, *ABC*, 24 de enero de 1984, p. 29.

Os direitos sociais no Estado Nação: uma análise da previdência social como elemento para o crescimento econômico e desenvolvimento humano brasileiro

Auricélia do Nascimento Melo[1]
Maria do Rosário Pessoa Nascimento[2]

Resumo: Esta pesquisa teve como objetivo analisar os direitos sociais sob a ótica do crescimento econômico e desenvolvimento humano e, por fundamento, a teoria enfatizada pelo professor italiano Michele Carducci. A problemática consiste em explicar a relação constitucionalismo e desenvolvimento a partir da Constituição de Weimar, identificar o conteúdo da Constituição italiana do pós-guerra e a formação da União Europeia descrevendo a realidade sobre o exercício de direitos frente à nova realidade da Europa. Em seguida foi feita uma digressão histórica sobre os direitos sociais no Brasil para depois falar sobre a previdência brasileira como um elemento de grande importância para crescimento econômico e desenvolvimento humano, tendo como referência o modelo europeu. A metodologia utilizou, para a pesquisa bibliográfica, artigos científicos, bem como material de sítios especializados na matéria. Como resultado, verificou-se que o capitalismo necessita do Estado e de um projeto de desenvolvimento para sobreviver; os poderes devem ser democraticamente legitimados; o sistema eleitoral deve ser legítimo e o parlamento com uma composição múltipla. As políticas referentes ao sistema previdenciário tanto no Brasil como na Europa necessitam passar por reformas para dar melhor qualidade de desenvolvimento aos segurados que enfrentam dificuldades para manterem a qualidade de vida cidadã na aposentadoria.

Palavras-chave: crescimento econômico; desenvolvimento humano; previdência social.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar os direitos sociais sob a ótica do crescimento econômico e do desenvolvimento humano e tem por base

[1]Doutoranda em Direito Constitucional e Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). Professora Assistente do Curso de Direito da UESPI (Universidade Estadual do Piauí) e do Centro Universitário Uninovafapi. E-mail: aurimelo@hotmail.com.
[2]Doutora em Educação (UDE-UY). Doutora em Teologia (EST-BR) e Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR), Professora Adjunta no Curso de Direito da UESPI (Universidade Estadual do Piauí). E-mail: rosariopessoa.adv@gmail.com

a ênfase da teoria do Professor italiano Dr. Michele Carducci. A problemática consiste em explicar a relação entre o constitucionalismo e o desenvolvimento desde a Constituição de Weimar e depois estudar o conteúdo da Constituição italiana do pós-guerra e a formação da União Europeia. Em seguida, será feita uma digressão sobre os direitos sociais no Brasil para depois falar sobre a previdência social brasileira como um elemento de grande importância para crescimento econômico e desenvolvimento humano.

A Europa, na atualidade, passa por um momento de crise, colocando os direitos sociais em confronto com a sustentabilidade do constitucionalismo estabelecido, até então, pois em nome dos objetivos do processo de integração, a ideia de dignidade social vem sendo abandonada, uma vez que a Constituição europeia limita a tutela de direitos como princípios.

Na atual configuração o processo de internalização europeu necessita de um discurso sobre democracia, pois, segundo Michele Carducci (2014), dentre as medidas estabelecidas, a criação de uma moeda única faz com que os países sofram um processo de renúncia de soberania e isso é muito grave, já que a Constituição deve ser um instrumento de garantia para combater as injustiças e, agora com o estabelecimento de uma Constituição europeia, os países membros carecem de uma discussão democrática para não perecerem diante dos objetivos do projeto de integração.

Conforme ensina Carducci (2014), os poderes democráticos são estabelecidos em função das liberdades e que a Constituição é um instrumento de garantia para combater as injustiças. O professor na sua visão entende que o funcionalismo europeu não é democrático, havendo um retorno ao funcionalismo de Weimar.

No Brasil os direitos sociais são normas programáticas, segundo Silva (2005, p. 289), ou seja, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais carentes, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionam condições mais compatíveis com o exercício da liberdade.

Dentre os direitos sociais, a previdência ocupa uma posição de destaque, pois proporciona aos cidadãos uma série de benefícios e serviços que servem para tentar diminuir os riscos sociais, providenciando recursos para manter, ao menos, o mínimo existencial, e, por conseguinte a dignidade da pessoa humana, proporcionando dessa forma o desenvolvimento humano. A previdência brasileira oficial é o Regime Geral de Previdência Social que é gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

1. O crescimento econômico e o desenvolvimento humano na visão de Michele Carducci

A análise dos direitos sociais ao longo do tempo permite especificar uma realidade que passa pela construção do constitucionalismo para evidenciar o crescimento econômico e o desenvolvimento humano.

Para discutir sobre o tema e tratar do crescimento econômico e do desenvolvimento humano sob uma perspectiva de uma realidade atual, o Professor Michele Carducci (2014), em seminário realizado pela Universidade de Fortaleza iniciou a sua palestra falando sobre a crise que ocorre na Europa, por conta do processo de integração. Em primeira análise o professor explica que a conexão entre a ideia de constitucionalismo e desenvolvimento nasce com a Constituição de Weimar em 1919, elaborada após a primeira guerra mundial, texto que também influenciou o constitucionalismo brasileiro, como frisou o palestrante.

Dentro da exposição, Carducci (2014) relaciona que o projeto de constitucionalização de Weimar se deu através da racionalização do poder legitimado democraticamente, ou seja; a Constituição de 1919 funcionaliza as liberdades para realizar e manter um projeto de desenvolvimento econômico capitalista. Ficava claro no texto de Weimar a legitimação democrática do poder e das liberdades, pois o capitalismo precisa do Estado para conseguir se desenvolver.

A estrutura da Constituição de Weimar se baseava no constitucionalismo de um sistema eleitoral proporcional plúrimo, para construir um parlamento múltiplo. A principal crítica, que o professor enfatiza à Constituição de Weimar, é que o texto fala de “alemães” e não de pessoas alemãs, e cita o artigo 48 do texto constitucional como “a cláusula de suicídio” que vai legitimar o poder absoluto de Hitler. Ou seja, esse artigo da Constituição alemã abriu a porta ao nazismo.

Depois do falecimento da experiência de Weimar, Carducci (2014), explica que o primeiro país a elaborar uma Constituição, através de um poder constituinte originário, foi a Itália. O processo aconteceu quando findou a guerra e a Itália criou o Ministério da Constituinte. Constantino Mortati traduziu o texto de Weimar, porém foi imaginada uma construção diferente entre regras constitucionais e ideias econômicas de desenvolvimento. Para o projeto de constitucionalismo italiano, uma Constituição não tem que falar de justiça, ela é uma garantia para construir e realizar estruturas para eliminar as injustiças, garantindo o desenvolvimento; isso a diferencia da Constituição alemã.

Para Weimar, um desenvolvimento justo precisa da funcionalização dos poderes às liberdades. A Itália toma em consideração Weimar para não repetir os mesmos problemas, não funcionalizar e nem realizar, mas permitir e garantir a liberdade para desenvolver o ser humano.

A Constituição deve ser vista como um instrumento de garantia para todos, para o inimigo, para as minorias. Carducci (2014) ressalta que a

Constituição italiana é solidarista, fala de pessoas que têm o direito de se desenvolverem, enquanto Weimar falava de ideias. O Professor relata como direito de se desenvolver, a possibilidade dos cidadãos terem acesso a uma boa educação, saúde, previdência, trabalho, ou seja; ao que a Constituição brasileira chama de normas programáticas. A Constituição italiana traz a expressão "dignidade social da pessoa humana" e trata as normas programáticas da doutrina brasileira como normas deontológicas.

Depois de explicar a diferença entre o constitucionalismo alemão e italiano Carducci (2014) passou a falar sobre o processo de integração europeia para explicar o processo de desenvolvimento e crescimento econômico da União Europeia.

O processo de integração foi pensado sob a visão federalista e a perspectiva funcionalista. Originariamente, o projeto federalista seria adotado, porém necessitava de um discurso sobre as identidades dos países. Ao final, o processo funcionalista foi adotado, retomando os segmentos experimentados por Weimar.

Nos anos de 1951 a 1957 foram realizados vários tratados como meio de formalizar a integração. Entre os anos 1992 e 1997 ocorreu o alargamento: a abertura da integração para o leste europeu, o que foi chamado de integração horizontal, como afirma Carducci (2014). Logo após, foi criada a Corte de Justiça Europeia que estabeleceu um catálogo de direitos fundamentais como princípios sendo assim estabelecido um funcionalismo progressivo.

Com o Tratado de Lisboa assinado em 2007, foi feito um rechaçamento da perspectiva funcionalista enfatizando a tutela de direitos como projeto de integração. A Corte de Justiça passou a decidir sobre os objetivos da integração.

No primeiro momento, Carducci (2014) relata que, para a concretização da União europeia, foi retomado o funcionalismo da Constituição de Weimar, e que as quatro liberdades fundadoras da integração são: a circulação de mercadorias, de capitais, de serviços e de pessoas.

A grande crítica que o Professor faz é que os direitos fundamentais do cidadão sempre são deixados de lado, em função dos objetivos da integração, segundo o Tratado da União Europeia de 2009. Para exemplificar Carducci (2014) cita o direito à liberdade de expressão que é visto como um direito que deve ser exercitado em favor da integração e não como um direito da pessoa.

Outra situação que o professor descreve é o direito de greve, que é um direito individual, mas que não pode ser exercido para comprometer a integração, ou seja; os trabalhadores não podem fazer greve se esse ato for impeditivo ao processo de integração.

Carducci (2014) explica que, a partir de 2010, a União Europeia confeccionou uma reforma que introduz um orçamento e impõe a cada Estado uma reforma econômica. A limitação da soberania estatal é para garantir a estabilidade do projeto de integração. Foram estudados meios de como sair da

crise, visto que uma das formas seria a implementação de projetos que permitam aos trabalhadores buscar trabalho.

A grande crítica feita por Carducci (2014) é que a União Europeia não reconhece o direito individual ao trabalho, reconhece o direito de buscar trabalho, o que na sua análise é bem diferente, pois o direito de buscar trabalho é entendido como um objetivo da integração e não da pessoa, individualmente, falando. Falta aí a ideia de dignidade social, afirma Carducci (2014).

O Professor critica o processo de integração da União Europeia e cita que, como vem sendo feito, é um processo de renúncia à soberania estatal de cada país, pois introduzir uma moeda única, independente da soberania democrática, produz uma desintegração. Por exemplo, a Itália ter que resolver problemas com uma moeda que não pode controlar, enfatiza o Professor, constitui problemas italianos e, como tal, devem ser resolvidos pela Itália e não pela União Europeia.

Carducci (2014) cita em seu discurso o autor brasileiro Marcelo Neves (2009), ao dizer que a Europa é a expressão do transconstitucionalismo, segundo o qual, o transconstitucionalismo é o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.

2. Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988

Os direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, são considerados direitos de segunda geração, entre eles incluem-se a educação, saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

A sistemática constitucional classifica os direitos sociais como direito de segunda dimensão. Convém lembrar que são aqueles que exigem do poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na concretização da igualdade social.

Na análise de Meyer-Pflug (2014, p. 307), os direitos sociais de segunda dimensão conferem prestações positivas, no entanto observa-se que os poderes executivo e legislativo não conseguem implementar todas as políticas necessárias para a maneira satisfatória, a professora explica que:

> “ Em virtude de os direitos sociais vincularem os demais poderes e necessitarem de assegurar a força normativa da Constituição, a Lei fundamental alemã de 1049 efetivação desses direitos de optou por não disciplinar os direitos sociais, deixando sua regulamentação para leis infraconstitucionais. Todavia, nos países da América Latina das Constituições assegura um amplo rol de direitos sociais e assim deve ser, pois é necessário conferir maior eficácia a esses direitos e evitar que a legislação infraconstitucional possa retirar a fruição desses direitos pelos cidadãos. Desse modo

> ao se garantir, por exemplo, a gratuidade da saúde e da educação evita-se a privatização desses serviços".

No entanto, o Estado não pode furtar-se do oferecimento desses direitos, na medida em que se encontram expressamente assegurados na Constituição e são verdadeiros direitos subjetivos dos indivíduos, e, no caso do seu não oferecimento satisfatório pelo ente estatal, é possível ingressar com ações no Poder Judiciário visando à fruição dos direitos sociais constitucionalmente garantidos (Meyer-Pflug, 2014).

Em comparação ao que Carducci (2014) explica que na União Europeia os direitos sociais são normas deontológicas, no Brasil, a Constituição de 1988 assegurou-lhes supremacia e força normativa superior, decorrentes exatamente desta positivação no texto constitucional. Na maioria dos países da Europa de um modo geral os direitos sociais são exigíveis, na condição de direitos subjetivos, apenas na forma e de acordo com os limites da legislação ordinária conformadora.

Em relação à titularidade dos direitos sociais Tavares (2007, p.738) cita que é importante especificar que esses direitos não se confundem com a figura dos direitos coletivos, pelo menos não podem ser identificados apenas com a figura dos direitos coletivos. A partir justamente da dimensão sempre em primeira linha individual da dignidade da pessoa humana e do próprio mínimo existencial, os direitos sociais tem por titular a pessoa individual, o que, todavia, não afasta uma dimensão transindividual, conforme algumas decisões do STF.

Todavia, conforme Sarlet (2005, p.81) para a proteção dos direitos sociais, especialmente em face do legislador, mas também diante de atos administrativos, ganhou notoriedade, a noção de uma proibição jurídico-constitucional de retrocesso, como mecanismo de controle para coibir ou corrigir medidas restritivas ou mesmo supressivas de direitos sociais.

Por serem de implementação progressiva, os direitos sociais dependem de orçamento para tanto, porém isso não significa que sejam desprovidos de efeitos jurídicos, pelo contrário, todas as normas constitucionais são dotadas de uma eficácia mínima (Mayer-pflug, 2014, p. 308).

Os direitos sociais, por exigirem disponibilidade financeira do Estado para sua efetiva concretização, estão sujeitos à denominada cláusula da reserva do possível, que tem como consequência o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na Constituição devem ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida que isso é possível.

É importante explicar que esse princípio não significa uma maneira do Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que não existem recursos suficientes. A não efetivação, ou efetivação de direitos constitucionalmente assegurados só podem ser justificados, se for possível constatar a impossibilidade financeira.

Todos esses aspectos concernentes à concretização dos direitos sociais, assim como a sua eficácia, reserva do financeiramente possível, omissão dos poderes públicos e implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, tem sido reiteradamente enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.

A Professora Meyer-Pflug (2014, p. 309) explica que a implementação integral e imediata dos direitos sociais não é possível pela simples razão de que não há recursos suficientes para garanti-los:

> " Essa difícil tarefa é imposta pela Constituição ao Poder legislativo. Cabe a ele fazer as difíceis escolhas, levando em consideração os recursos existentes das prioridades na formulação das políticas públicas. Isso significa que incumbe ao Poder Legislativo escolher se vai realizar uma política pública para combater a AIDS ou o câncer. Essa escolha de prioridades é extremamente difícil, por essa razão cabe aos membros do Poder Legislativo, legitimamente eleitos pelo povo e deve ser feita na mais estrita observância dos ditames constitucionais".

Fernando Scaff, citado por Meyer-Pflug (2014, p. 309), adota a expressão "escolhas trágicas", para denominar as escolhas políticas do Poder Público e da sociedade no que se refere à implementação dos direitos sociais.

A professora Meyer-Pflug (2014, p. 310), explica que, constitucionalmente, incumbe ao Congresso Nacional realizar os gastos públicos. São os seus membros que são eleitos democraticamente pelo povo para representar e defender os interesses de seus eleitores e realizar as "escolhas trágicas", em matéria de direitos sociais.

Não cabe ao Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo nesse desiderato, pois ao proceder assim ele está substituindo, desprovido de qualquer legitimidade ou autorização constitucional, a vontade do Legislativo, conclui a professora.

3. A previdência social brasileira como elemento para o crescimento econômico e desenvolvimento humano

Dentre as políticas públicas desenvolvidas pelos governos nacionais, uma parte delas visa atender ao que se denomina elementos constituintes dos direitos sociais. Estes englobam lazer, educação, cultura e seguridade. A seguridade social consiste em um conjunto de ações com o intuito de amparar o cidadão e sua família em casos de velhice, doença e desemprego, prestando serviços de saúde pública e de assistência social. A Previdência Social deve ser incluída dentro dessa política de seguridade social.

No Brasil, a previdência foi pensada não como um sistema de capitalização, como aqueles utilizados pelos Bancos e Instituições financeiras, onde o segurado, ou um conjunto destes, contribui para formar um fundo com lastro suficiente para cobrir as necessidades previdenciárias de seus integrantes, mas sim como um sistema de repartição, onde todos contribuem

para um fundo comum de reservas, fazendo jus aos benefícios mediante o atendimento dos requisitos previstos nas normas previdenciárias.

A seguridade social, segundo Ibrahim (2011, p. 5), é conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão de vida digna. Dentro da seguridade social está a saúde, a assistência e a previdência social.

A origem da previdência brasileira remonta a chamada Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões nas empresas de estrada de ferro existentes, mediante contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramo e do Estado, assegurando aposentadoria aos trabalhadores e pensão a seus dependentes em caso de morte do segurado, além de assistência médica e diminuição do custo de medicamentos.

Em 1960, foi promulgada a Lei Orgânica da Previdência Social que unificou o plano de benefícios dos Institutos. Em 1971, aconteceu a inclusão no sistema previdenciário dos trabalhadores rurais, logo depois em 1972, os domésticos foram inseridos. Nesse aspecto, a previdência pode ser definida como um seguro com regime jurídico especial, pois é regida por normas de Direito Público, sendo necessariamente contributiva, pois disponibiliza benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes, que podem ser variáveis, a depender do plano de cobertura.

A relação previdenciária, no Brasil, tem duas vertentes: a primeira, é o custeio. Envolve a obrigação de pagar as contribuições previdenciárias pelos segurados e pelas empresas, empregadores e equiparados, tendo natureza tributária. A segunda é o plano de benefícios e serviços. Resta, porém, salientar que a definição de previdência é jurídico-positiva, pois sofrerá modificações de acordo com a análise da legislação de cada nação, sendo necessariamente contributiva no Brasil.

Os planos previdenciários brasileiros podem ser divididos em básicos e complementares, sendo os primeiros compulsórios para as pessoas que exerçam atividade laboral remunerada, ao contrário dos últimos, que visam apenas ofertar prestações complementares para a manutenção do padrão de vida do segurado e de seus dependentes.

O Regime Geral de Previdência Social é obrigatório para os trabalhadores em geral, exceto para os titulares de cargos públicos efetivos e militares filiados a Regime Próprio de Previdência Social, de competência da União e administrado pelo Ministério da Previdência Social. Competirá ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, a administração do plano de benefícios e serviços.

Os Regimes Próprios de Previdência Social são obrigatórios para os servidores públicos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como os militares, caso tenham sido criados pelas respectivas entidades políticas. É necessário frisar que os servidores que são apenas titulares de

cargos em comissão temporários ou empregados públicos serão segurados do RGPS, na condição de segurados empregados, conforme a Constituição Federal, em seu art. 40, §13, bem como os titulares de mandato eletivo, pois o RPPS, só alcança os servidores efetivos em todas as áreas.

A previdência complementar se divide em Regime Privado Complementar Aberto, explorado por sociedades anônimas com autorização estatal, de índole facultativa e que tem por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas, regulamentado pelo artigo 202, da Constituição e pelas Leis Complementares 108 e 109/2001.

O Regime Privado Complementar Fechado, mantido por entidades fechadas de previdência complementar (associações ou fundações), facultativo, que oferece planos de benefícios a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores, também regulado pelas normas já referidas.

Além dos recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a manutenção da seguridade social contará com as receitas decorrentes das contribuições para a seguridade social, que têm aplicação vinculada ao sistema securitário, por serem tributos afetados ao sistema.

Toda a sociedade deverá financiar a seguridade social brasileira, de maneira direta ou indireta, ante o seu caráter universal que objetiva a proteção da população contra os riscos sociais selecionados pelo legislador, consoante o interesse público através de prestações na área da saúde pública, assistência e previdência social.

Mesmo em um país de grandes desigualdades sociais, o entendimento geral de que os benefícios previdenciários resguardam de maneira mínima os segurados, é necessário destacar que a Previdência Social adquire uma inesperada importância econômica para a maioria dos municípios brasileiros, proporcionando um incremento nas economias locais, constituindo assim um instrumento de redução de desigualdades sociais, fornecendo uma garantia de renda, ainda que mínima para muitos cidadãos brasileiros.

A previdência social contribui para o crescimento econômico e desenvolvimento humano, pois protege o contribuinte dos riscos sociais, como a idade avançada, o acidente, a morte, a invalidez, permitindo assim, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

Carducci (2014), ao falar sobre o sistema de seguridade social na Itália, relata a questão da quebra do sistema tanto de forma geracional como vertical, pois a discussão sobre a previdência social naquele país passa pela questão de categorias. O professor citou que existe a necessidade de uma discussão política mais profunda para que sejam feitas reformas que possam resolver essas “fraturas”, que são responsáveis pela quase falência do sistema de previdência.

CONCLUSÕES

Para explicar o desenvolvimento humano e o crescimento econômico, o trabalho buscou supedâneo no conteúdo ministrado pelo Professor Michele Carducci. O doutrinador iniciou a discussão explicando que a primeira conexão entre o constitucionalismo e desenvolvimento surge a partir de uma cultura da constitucionalidade que, através de um sistema de normas, constrói um projeto de desenvolvimento.

O capitalismo necessita do Estado e de um projeto de desenvolvimento para sobreviver; os poderes devem ser democraticamente legitimados; o sistema eleitoral deve ser legítimo e o parlamento contenha uma composição plúrima. Para realizar o projeto de integração, a Europa adotou o sistema funcionalista e isso vem provocando uma restrição dos direitos individuais, que somente são reconhecidos se estiverem servindo como objetivos para a integração.

O projeto de integração europeia é um processo de renúncia de soberania, pois os direitos antes assegurados pelas Constituições internas passam a ser exercidos, de maneira satisfatória, se atenderem aos objetivos da integração. Carducci (2014) cita como exemplo o direito ao trabalho, que na Constituição europeia está descrito como o “direito a buscar trabalho”, pois esta expressão atende aos objetivos da integração, não existindo a preocupação com o resguardo e vontade pessoal do trabalhador.

No Brasil, os direitos sociais percorreram um longo caminho, até alcançarem o *status* de que dispõem hoje. São prestações estabelecidas constitucionalmente que devem proporcionar o desenvolvimento humano e viabilizar de forma sustentável o crescimento econômico. Dentro dessa esteira, merece destaque a previdência social.

O nascimento da previdência social foi analisado no trabalho à luz da evolução lenta e gradual dos direitos fundamentais sociais. O direito à previdência obedece a uma sistemática e dinâmica próprias, pois o sistema é regido pela exigência de contribuição, para que o segurado possa fazer jus a benefícios ou serviços.

O que se verifica nos dias atuais é que o Brasil necessita debater de maneira cuidadosa a questão do viés geracional de políticas públicas e dos gastos públicos relacionados com a previdência social, pois os aposentados do regime geral, em regra, têm o seu poder de compra reduzidos com o passar do tempo, pois os reajustes não acompanham o aumento da inflação, fazendo com que muitos tenham uma condição de vida precária. E isso não é diferente do que vem ocorrendo na maioria dos países europeus.

Existe a necessidade de ajustes ou reformas no campo da previdência, pois para assegurar ao contribuinte do sistema uma proteção adequada deve haver mudanças nas regras adotadas e, necessariamente, essas reformas serão implementadas em face do aumento da expectativa de vida.

É relevante o papel do Estado no sentido de, ao mesmo tempo, assegurar a criação e manutenção de um sistema de proteção aos infortúnios

que atingem a capacidade de subsistência e obrigar os integrantes economicamente capazes da coletividade, a participarem compulsoriamente do sistema de previdência, para que nenhum indivíduo fique em desamparo, pois a sociedade tem uma cota de participação no custeio desta proteção, para a manutenção de uma existência digna, produzindo desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado, 2014.

_____. Decreto 3048, de maio de 1999. *Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.* Brasília, Senado, 2014.

_____. Lei nº 8213/91. *Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências***.** Brasília, Senado, 2014.

_____ .Lei nº 8212/91. *Dispõe sobre os Planos de Custeio da Previdência Social e dá outras providências.* Brasília, Senado, 2014.

CAMARANO, Ana Amélia.(org). **Os novos idosos brasileiros muito além dos 60?** Instituto de Pesquisa Aplicada. Rio de Janeiro, 2004.

CARDUCCI, Michele. *Seminários Especiais de Direito Constitucional Comparado***.** Fortaleza: UNIFOR, 2014. https://www.youtube.com/watch?v=FmdxQdJPYi0. Acesso em 02/01/2015.

IBRAHIM, F. Z. *Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KERTZMAN, I. *Direito Previdenciário*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

MEYER-PFLUG. Samantha Ribeiro. "O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no tocante aos direitos sociais e ao desenvolvimento econômico" In. *Direito Constitucional nas Relações Econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano.* Organizadores: POMPEU, Gina Marcílio. CARDUCCI, Michele. SÁNCHEZ, Miguel Revenga. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang**.** *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5 ed, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional positivo***.** 24 ed, São Paulo: Malheiros,2005.

SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. Direito & Economia. *Análise econômica do direito e das organizações.* Rio de Janeiro, Campus, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional*. 5ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

THOMPSON, Lawrence. *Older & Wiser: The economics of public pensions***.** The urban Institute, 1998.

THOMPSON, Lawrence. *Older & Wiser: The economics of public pensions***.** Tradução de Celso Barroso Leite. Coleção Previdência Social, Série Debates, Brasília, 2000.

A Fundamentação do Direito à Livre Expressão do Pensamento

Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena[1]

Resumo

O presente trabalho visa apresentar uma ideia de fundamentação da ampla proteção da liberdade de expressão. É dizer, uma vez que sabemos que os direitos fundamentais limitam-se mutuamente, diante de uma situação de conflito, o que nos autoriza a defender que a balança do direito deve pender para o lado desta liberdade?

Palavras-Chave: Direitos Humanos, Liberdade de Expressão, Teoria da Verdade.

Abstract

This paper aims to present some reasons for the broad protection of freedom of speech. Once we know that fundamental rights are limited one to another, in a situation of conflict, what authorizes us to defend that the balance of the law should fall to the side of freedom of expression?

Key-words: Human Rights, Freedom of Speech, Theory of Truth.

Introdução

Embora um direito fundamental goze de um *status* de superioridade histórico-filosófica, ainda que de maneira simbólica, como é o caso da liberdade de expressão, que mais do que uma mera permissão por parte do Estado, representa um direito conquistado pela democracia, cujo conceito vem sendo construído e preenchido historicamente, o seu exercício não o torna um direito absoluto.

[1] Professora de Direito Internacional Público da Universidade Estadual da Paraíba, Doutoranda e bolseira de investigação em Direito Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogada.

Contato: lucilavilhena@gmail.com

Faz parte do cotidiano de uma sociedade moderna, plural e inclusiva, o fato de que, dentro do exercício regular de um direito, este se choque com outros de igual valor. No caso latente da liberdade de expressão, é comum que esta se choque com certos direitos da personalidade, ou em casos mais evidentes, e de maior interesse para este presente estudo, a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, sabendo que a liberdade de expressão ocupa lugar de destaque na construção da sociedade democrática, a supressão deste direito, se não for levada a cabo com a máxima cautela, pode ser tendencialmente perigosa, e desvirtuar a própria natureza deste direito.

Para ilustrar essa afirmativa, a história nos mostra que regimes autoritários muitas vezes apoiam-se em argumentos que visam, aparentemente, proteger a sociedade, para proibir algum discurso. Um exemplo é o caso da Rússia, que sob o argumento da segurança nacional, recentemente condenou o repórter Vadim Tyumentsev à 5 anos de prisão por promover o extremismo, após este ter publicado em seu *blog* na internet, críticas à política Russa em relação à Ucrânia. Outro exemplo latente é o da China, que proíbe manifestações favoráveis à independência do Tibet, sob o argumento de que estas incitam o ódio racial[2].

Esses fatos apenas reforçam que é necessário máxima cautela em proibir ou punir um discurso, pois como demonstra Warburton[3], é difícil resistir à tentação de usar a lei ou a força para silenciar um adversário. Sem a liberdade de criticar e desafiar os que agem em nosso nome, as democracias podem degenerar em tiranias.

O grande objetivo deste trabalho é entender portanto, dentro de uma perspectiva multicultural e de uma forte e atual tendência de proteção múltipla dos direitos fundamentais, o que fará a balança do direito, em uma situação de conflito, pender para o lado da liberdade de expressão. Qual a justificativa que

---

[2] Matéria veiculada na revista *"The Economist"* de 4 de Junho de 2016. Disponível em: http://www.economist.com/news/leaders/21699909-curbs-free-speech-are-growing-tighter-it-time-speak-out-underattack consultado em: 14 de Junho de 2016.

[3] WARBURTON, Nigel. *Liberdade de Expressão – Uma Breve Introdução.* Gradiva : Lisboa, 2015, pág. 10.

nos autoriza a reconhecer este direito como embrião de uma sociedade democrática, cuja privação arbitrária seria inúmeras vezes mais lesivas do que seu exercício absoluto?

Discussão e Apresentação de Resultados

Segundo os ensinamentos de Jónatas Machado, o direito à liberdade de expressão do pensamento tem um lugar de prestígio no processo de constitucionalização dos demais direitos fundamentais. Este autor ainda destaca, na construção da liberdade de expressão, a primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos que integram o *Bill of Rights* de 1791, onde estabeleceu-se uma norma de competência negativa, proibindo o Congresso de produzir leis restritivas à liberdade de expressão ou de imprensa. Neste cenário, diante da consolidação da interpretação de um direito quase que absoluto, passa-se a entender a autodeterminação democrática de um povo diretamente dependente da existência e manutenção de uma esfera de discurso público livre e aberta[4].

Com efeito, a liberdade de expressão aqui estudada transcende à liberdade individual e aos direitos fundamentais individualizados. Ela atinge à sociedade como um todo por meio de uma necessidade coletiva de conhecer todas as versões de uma suposta verdade, e através da informação adquirida em um discurso livre e aberto, chegar às suas próprias conclusões e tomar as suas próprias decisões acerca do tema. A liberdade de expressão, portanto, se soma à liberdade de imprensa e à liberdade de conhecimento sobre todas as matérias, mesmo aquelas consideradas imorais, impopulares ou chocantes.

O ponto de partida para o estudo da liberdade civil como um todo, e de maneira mais específica, da liberdade de expressão, é *"On Liberty",* onde John Sturat Mill, desenvolvendo seu "princípio do dano" (*harm principle),* explicou que este é o princípio de que o único fim para o qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a vontade deste, é o de prevenir um dano a outros[5].

---

[4] MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão.* Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra : Coimbra Editora, 2002, pág. 67.

[5] *In:* ADAMS, David M. *Philosophical Problems in the Law.* 5ª. ed. Boston : Wadsworth, 2013, pág. 243.

O princípio do dano de Mill é o início da discussão, não o seu fim, como veremos ao longo do trabalho. Não poderemos aceitá-lo sem nenhum retoque, como tampouco podemos rechaça-lo, pois trata-se de um verdadeiro clássico da liberdade[6].

Na referida obra, Mill desde logo deixa claro que o princípio do dano busca evitar dano a outrem, não à própria pessoa causadora do dano, refutando assim o paternalismo do Estado. A exceção a este ideia se dará apenas para as pessoas incapazes, pois estas sim, necessitam da proteção do Estado, no sentido de que este garanta aquilo que é socialmente considerado o melhor para aquelas pessoas.

John Stuart Mill [7] afirmou que a supressão de ideias advindas de questões históricas, científicas, teológicas, filosóficas, políticas e morais seria sempre mais danosa do que as ideias em si, porque devemos considerar a possibilidade de estas ideias serem completamente ou parcialmente verdadeiras, e a sua supressão levaria ao dano social incalculável da perda da verdade, e portanto, nunca se justificaria[8].

Não podemos olvidar também, do fato de que ainda que a ideia seja totalmente falsa, ela é útil para que as pessoas conheçam e percebam as versões contrárias ao seu pensamento e assim, construam e fortaleçam as suas próprias verdades. Proibir a divulgação de uma ideia não passa de uma pretensão humana de infalibilidade, é dizer, uma ideia só pode ser extirpada do conhecimento da sociedade, se tivermos completa certeza de que ela é falsa e tão desimportante que seja inútil para a construção de um pensamento, o que sabemos, é impossível afirmar. Sendo assim, a autoridade que pretenda em um caso concreto, suprimir uma ideia, nunca o faz, e nem seria possível fazer, em nome de toda a humanidade.

---

[6] Para Mill, a liberdade como um princípio, só nasce quando a própria humanidade se estabelece como fruto de uma discussão livre. Qualquer estado de coisas anterior a isso, significa uma mera obediência. (MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Lisboa : Edições 70, 2015, pág. 52).

[7] MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Lisboa : Edições 70, 2015, pág. 53.

[8] Este, Segundo Scanlon, parece ser um argumento consequencialista. (SCANLON, T. A Theory of Freedom of Expression. *In: The Philosophy of Law.* Editado por R. M. Dworkin. Oxford : The Oxford University Press, 1977, pág. 154.)

Segundo Peirce [9] , quando o homem quer ardentemente saber da verdade, seu primeiro passo nessa busca é imaginá-la. Neste sentido, para Mill[10], permitir a livre divulgação de qualquer ideia, não importando o grau de verdade contido nela, minimiza o risco permanente de compromisso com aquilo que é falso. Embora neste processo, se permita a divulgação também de ideias falsas, dificilmente elas prevalecerão sob a verdade[11].

Estes argumentos são facilmente verificado no mundo das ciências, onde as hipóteses vão sendo desmentidas ou complementadas face a verdade que surge na medida em que se avança na própria ciência. Um forte exemplo é a teoria heliocêntrica de Copérnico, que a despeito do que era tido como verdade na época, qual seja, a teoria geocêntrica difundida por Aristóteles, afinal descobriu que a Terra move-se em torno do sol. Copérnico, segundo os historiadores [12] , chegou a temer a revolução que sua teoria iria causar na sociedade e pensou em abandoná-la, tendo em vista que ele estava por romper com uma verdade sólida, ora aceita por todos.

Copérnico influenciou diretamente o trabalho de Galileu Galilei quando por volta de 1616, a Inquisição declarou que a ideia de que a terra se move em torno do sol estava "teologicamente errada", o que fez com que, dentre outros estudos, o livro de Copérnico *"De Revolutionibus Orbium Coelestium"* fosse mantido durante alguns anos no "índice dos livros proibidos". Diante do argumento do Tribunal do Santo Ofício de que Galileu não tinha provas sobre a teoria Heliocêntrica, este resolveu persistir em ir mais longe nas suas ideias, foi quando ficou proibido de divulgá-las ou ensiná-las.

Por tentar romper com um pensamento contrário ao aceito pela maioria na altura, porém dotado de verdade, como veio a se comprovar, Galileu foi julgado e condenado a abjurar publicamente às suas ideias e à prisão por tempo

---

[9] PEIRCE, Charles. *Philosophical Writings of Peirce*. Textos selecionados e editados, com introdução de: BUCHLER, Justus. Nova Iorque : Dover Publications, 1955, pág. 42.

[10] MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Lisboa : Edições 70, 2015, pág.56.

[11] Nas palavras de Stuart Mill, *"se a opinião for correta, ficarão privados da oportunidade de trocar o erro por verdade; se estiver errada, perdem uma impressão mais clara e viva da verdade, produzida pela sua confrontação com o erro – o que constitui um benefício quase igualmente grande".* (MILL, p. 51).

[12] Para um estudo mais aprofundado, consultar*:* http://plato.stanford.edu/entries/copernicus/

indefinido, e ainda teve seus livros incluídos no *Index* dos censurados e proibidos. Apenas em 1983 houve a revisão de sua condenação pela igreja católica, e em 2000 um pedido de desculpas oficial por parte do Vaticano.

Tal exemplo reforça o argumento de Mill de que um ambiente de ampla liberdade de expressão sempre minimizará o risco de não se conhecer a verdade. Para Feinberg[13], no mundo das ciências, quanto mais contestada é uma teoria, e se nenhuma outra a consegue desmentir, mais credibilidade e mais possibilidades de estar do lado da verdade ela terá, pois o argumento de que ninguém conseguiu provar o contrário, só funciona em um ambiente em que toda a gente está livre para tentar.

O Próprio Mill cita o exemplo da física newtoniana, dizendo que se não fosse permitido que até mesmo ela fosse questionada, as pessoas não sentiriam uma tão completa certeza da sua verdade como sentiam naquela altura, no século XIX. É no mínimo curioso o autor ter citado esse exemplo, pois já após a sua morte, um outro físico de igual renome, Einstein, viria precisamente a colocar em causa, já no início do século XX, parte fundamental da física de Newton, comprovando que todas as versões de uma teoria podem estar parcialmente certas ou parcialmente erradas, e só a livre discussão irá dirimir a questão.

Ainda para Mill, o que acontece é que quando construímos uma ideia, fazemos um convite a toda a gente para provar que ela carece de fundamentação. Se o desafio não é aceite, ou se é aceite e não surte efeito, estaremos ainda assim, longe da certeza, mas teremos feito o melhor que a condição da razão humana naquele momento nos permitia. Nas palavras do autor, nada teremos negligenciado que pudesse dar à verdade a hipótese de vir ter conosco, porém, esta é a quantidade máxima de certeza alcançável por um ser falível, e a única maneira de a alcançar[14].

---

[13] FEINBERG, Joel. Limits to the Free Expression of Opinion. *In: Philosophy of Law.* 6ª. edição. FEINBERG, Joel; COLEMAN, Jules (org.). Belmont : Wadsworth, 2000, pág.307.

[14] MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Lisboa : Edições 70, 2015, pág. 57.

Sobre o problema da verdade, resta-nos por fim, fazer um adendo sobre o seu conceito. É que Rivera y Pastor[15] nos ensina que há dois conceitos de verdade na filosofia moderna: aquele a quem chama de "continental", de Descartes, Leibniz e Wolff, onde a verdade é algo transcendente, metafísico, que representa a adequação entre o pensar e o ser; e o conceito típico do idealismo inglês de Locke, Hume e Berkeley, para quem a verdade é meramente o sistema das suas representações.

Por fim, as principais causas que fazem da diversidade de opinião e do debate livre serem algo vantajoso, são: o fato de que a opinião dominante pode ser falsa, e consequentemente a outra com menor representação, verdadeira; o fato de que, sendo verdade a opinião dominante, um conflito com o erro oposto é essencial para uma clara compreensão, e para um sentimento profundo da sua verdade; e ainda, a hipótese de as doutrinas em conflito partilharem a verdade entre si, em vez de uma ser verdadeira e a outra, falsa, então a opinião discordante é necessária para fornecer o resto da verdade, da qual a doutrina dominante incorpora apenas uma parte.

Conclusões

Como restou claro ao longo deste estudo, não queremos dizer que, a despeito da evidente importância para a construção histórica da democracia e da própria sociedade, a liberdade de expressão seja um direito absoluto. É dizer, com todo o exposto, não pretendemos defender que o exercício da liberdade de expressão de um pensamento, não deva sofrer limitações, antes pelo contrário, como direito fundamental que é, esta liberdade deve ser limitada sempre que encontre-se diante de outro direito de igual valor, de maneira proporcional, visando sempre a garantia do efeito ótimo de ambos os direitos.

Neste sentido, Zippelius[16] demonstra que só há liberdade jurídica, ou seja, delimitada e garantida pelo direito, quando houver limitação mútua do livre arbítrio, pois, segundo uma ideia "rousseauniana", o que o homem perde

[15] PASTOR, F. Rivera y. *Lógica de la Libertad.* Madrid : Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1910, pág.7.

[16] ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito.* Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa : Quid Juris, 2010, pág. 239.

por via do contrato social é a sua liberdade natural e o direito ilimitado a tudo o que o tente e que ele possa alcançar; o que ganha é a liberdade civil e o direito de propriedade sobre tudo o que lhe pertença. Incluídos aí obviamente, bens imateriais como o nome e a honra.

Os limites ao exercício da liberdade de expressão, portanto, serão delimitados caso a caso, dentro de uma situação concreta de conflito entre direitos jusfundamentais de igual valor. Contudo, ela deve ser regra, e não exceção. Esta só deve ser tolhida em *ultima ratio*, sob pena de se por em causa o desenvolvimento sadio e democrático desta mesma sociedade a que se visa proteger, e sob pena de, em proibir a divulgação de uma ideia, haver o risco real de esta ser detentora, pelo menos parcialmente, da verdade. E isso sim, representa uma perda irreparável para a sociedade.

É natural que em uma sociedade plural, haja danos causados por um discurso livre e aberto, e tais danos, necessariamente, deverão ser tolerados, dentro de certa medida, e observados alguns limites, por alguns dos atores sociais consoante os casos.

Por fim, é salutar observar com a máxima cautela a atividade que concretizará esses limites, para que não sirvamos a outros fins que não aqueles perseguidos pela justiça.

Referências

ADAMS, David M. *Philosophical Problems in the Law.* 5ª. ed. Boston: Wadsworth, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem*: A Report on the Banality of Evil. New York: Viking Press, 1963.

_____. *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought.* Nova Iorque: The Viking Press, 1961.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Edson Bibi. São Paulo: EDIPRO, 2014.

_____. *Retórica.* Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna.* São Paulo: Editora Brasiliense, 1996.

BUBLITZ, Jan Christoph; MERKEL, Reinhard. Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and Human Right to Mental Self-Determination. *In: Criminal Law and Philosophy*. Nova Iorque, Vol. 8, Issue 1, págs. 51-77, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, 4ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CHAFEE JR, Zechariah. *Free Speech in the United States.* Cambridge: Harvard University Press, 1941.

COMISSÃO DE VENEZA. Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in a Democratic Society. *In: Science and Technique of Democracy.* No. 47. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

DWORKIN, Ronald. The Right to Ridicule. *In: The New York Review of Books.* Disponível em: http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/ Publicado em 23/03/2006, Consultado em 26/04/2016.

FEINBERG, Joel. Limits to the Free Expression of Opinion. *In: Philosophy of Law.* 6ª. edição. FEINBERG, Joel; COLEMAN, Jules (org.). Belmont: Wadsworth, 2000.

GARCIA, José Luís; SUBTIL, Filipa. Communication: An Inheritance of the Chicago School of Social Thought. *In: The Legacy of the Chicago School of Sociology*. Editado por: HART, Christopher. Midrash Publishing, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms.* Cambridge: The MIT Press, 1996.

_____. *Ética do Discurso*. Volume III. Lisboa: Edições 70, 2014.

HEGEL, G. W. F. *O Sistema da Vida Ética.* Lisboa: Edições 70, 1991.

HENRIQUES, Paulo Videira. Os Excessos de Linguagem na Imprensa. *In: Estudos de Direito da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2002, págs. 213 e seguintes.

HOHFELD, Wesley. *Fundamental Legal Conceptions – As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays.* New Haven: Yale University Press, 1919.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. Tradução de Luiz Repa, São Paulo: Editora 34, 2003.

_____. *The I in We: Studies on The Theory of Recognition.* Cambridge: Polity Press, 2012.

_____. *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life.* Cambridge: Polity Press, 2014.

_____. *Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory*. Cambridge: Polity Press, 2000.

JONES, Peter. *Rights – Issues in Political Theory.* Basingstoke: Macmillan, 1994.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes.* 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes.* Lisboa: Edições 70, 2015.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica.* Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2011.

LAMEGO, José. *"Sociedade Aberta" e Liberdade de Consciência:* O Direito Fundamental de Liberdade de Consciência. Lisboa: AAFDL, 1985.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre Nós: Ensaios sobre a Alteridade.* Tradução de Pergentino Pivatto (org.). Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

LOPES, Edgar Taborda. Liberdade de Expressão e Tutela da Honra – Que Limites? *In: Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*. Volume LV, n. 1 e 2. Pàginas 189 à 213. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão.* Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MEDEIROS, Carlos Henrique; MANHÃES, Fernanda Castro; KAUARK, Fabiana da Silva. *Metodologia da Pesquisa: Um Guia Prático.* Itabuna: Via Litterarum, 2010.

MEYER-PFLUG, Samantha. O Discurso do Ódio e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge.* Volume III. Coimbra Editora: Coimbra, 2012.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Lisboa: Edições 70, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 9ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NEIL, Alexander Sutherland. *Freedom: Not License!* Oxford: Hart Publishing, 1966.

NEVES, Castanheira A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUSSBAUM, Martha C. *Los limites del Patriotismo*. Barcelona: Paidós, 1999.

PALMA, Maria Fernanda. Lições de Filosofia do Direito. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1998. (Texto não publicado pela autora).

_____. O Legislador Negativo e O Intérprete da Constituição. *In: Revista O Direito.* Ano 140º. Páginas 523 à 535. Coimbra: Almedina, 2008 (III).

_____. Tutela da Vida Privada e Processo Penal. *In: Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*. Páginas 655 à 672. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PASTOR, F. Rivera y. *Lógica de la Libertad.* Madrid: Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1910.

PATTERSON, Dennis. *Law and Truth.* Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.

PEIRCE, Charles. *Philosophical Writings of Peirce*. Textos selecionados e editados, com introdução de: BUCHLER, Justus. Nova Iorque: Dover Publications, 1955.

RACHELS, James. *Elementos de Filosofia Moral.* Tradução de F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2004.

RAWLS, John. *Lectures on the History of Moral Philosophy.* Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. *O Liberalismo Político.* São Paulo: Editora Ática, 2000.

RICOEUR, Paul. *Oneself as Another.* Chicago: The University of Chigado Press, 1992.

SCANLON, T. *The Philosophy of Law.* Editado por R. M. Dworkin. Oxford: The Oxford University Press, 1977.

SOBER, Elliott. *Core Questions in Philosophy: A Text with Readings.* 5ª ed. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2008.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. *Nicolaus Copernico.* 2004. Disponível em: http://plato.stanford.edu/entries/copernicus/ consultado em 14/04/2016.

_____. *Freedom of Speech*. 2002. Disponível em: http://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/ consultado em 20/06/2016.

TUGENDHAT, Ernst. *O Problema da Moral.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

WARBURTON, Nigel. *Liberdade de Expressão – Uma Breve Introdução.* Gradiva: Lisboa, 2015.

WILLIAMS, Bernards. *Ethics and the Limits of Philosophy.* Londres: Routledge, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito.* Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010.

La relación entre el Derecho Administrativo y los derechos fundamentales

Rubén Miranda Gonçalves[1]

Resumen: La característica esencial de un Estado de Derecho es el sometimiento de los diferentes poderes públicos al imperio de la ley. Por ello, tanto el poder ejecutivo, como el legislativo y el judicial están sometidos a la ley. Aún así no son los únicos, puesto que los ciudadanos y la propia Administración Pública no son ajenos a ello y también están obligados a cumplir la ley. El propio término Estado de Derecho lleva implícito el de derechos fundamentales, pues sin ellos, no podríamos hablar de Estado de Derecho.

En este capítulo se analizarán en primer lugar, la concepción de Estado y de gobierno; en segundo lugar, la relación existente entre la Administración Pública, Gobierno y Constitución; en tercer lugar, la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales; en cuarto lugar, la relación entre Derecho Administrativo y derechos fundamentales y por último, una breve alusión a otro tipo de derechos que, aunque no tienen el rango de fundamentales, pueden ser reclamados por los ciudadanos ante cualquier Administración Pública española. En esta última parte, como se puede inferir, es una referencia expresa al caso español y, por tanto, se analizarán en lo que nos afecta, los artículos 13 y 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Palabras clave: Estado, derechos fundamentales, Derecho Administrativo, gobierno, Derecho Público.

1. Introducción

Ante las múltiples definiciones que podrían ofrecerse sobre qué es el Estado, la Real Academia Española señala que debe entenderse como la "forma de organización política, dotada de poder soberano e independiente, que integra

[1] Profesor de Derecho Administrativo en el Máster de Abogacía de la Universidad Europea de Madrid; Doctorando en Derecho Administrativo, Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas y Licenciado en Derecho con grado (sobresaliente) por la Universidade de Santiago de Compostela. Email: ruben.miranda@usc.es

la población de un territorio". De este concepto, se puede inferir, a grandes rasgos, que el Estado es la forma en la que la población se organiza social, política y económicamente.

En el mismo sentido, y aportando una definición desde el punto de vista constitucional, ZAFRA VALVERDE señala que por Estado debe entenderse un "grupo territorial duradero, radicalmente comunitario, estrictamente delimitado, moderadamente soberano frente a otros, (…) en cuyo seno, sobre una población, con creciente homogeneidad y sentido de autopertenencia, una organización institucional eminentemente burocrática, coherente y jerarquizada, desarrolla una compleja gobernación guiada conjuntamente por las ideas de seguridad y prosperidad"[2].

Aunque a veces se confunda, Estado no es lo mismo que gobierno, pues atendiendo nuevamente al significado de la RAE, el gobierno sería el "órgano superior del poder ejecutivo de un Estado o de una comunidad política, constituido por el presidente y los ministros o consejeros", y en otras palabras, el gobierno es "como una agencia especializada clocada al frente del Estado pero mucho menor que él"[3].

Con la aparición del Estado de Derecho[4] la Administración Pública, al igual que todos los ciudadanos, se somete al ordenamiento jurídico y debe asegurar una serie de derechos a sus ciudadanos cuando se relacionan con ella sin que exista ningún tipo de discriminación al respecto. Entre esos derechos se encuentran, como no puede ser de otra manera, los derechos fundamentales, de ahí que se hable de la existencia de una relación importante entre el Derecho Administrativo –rama del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos– y los derechos fundamentales.

---

[2] ZAFRA VALVERDE, José, *Teoría Fundamental del Estado*, Tomo I, Universidad de Navarra, Pamplona, 1990, p. 74.

[3] PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 2ª edición, Colex, Madrid, p. 215.

[4] Puede profundizarse sobre la materia en:

-DIAZ, Elías, "Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", *Sistema,* Nº 125, 1997, pp. 7 y 8.

-DIAZ, Elías y COLOMER, José Luis, *Estado, justicia, derechos. Filosofía y pensamiento*, Alianza Editorial, 2002, p. 78.

- FERNÁNDEZ, Eusebio, "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho" *Sistema,* Nº 138, 1997, p. 102.

2. Administración Pública, Gobierno y Constitución Española

En el Título IV de la Constitución Española –artículos 97 a 107–, se hace alusión al Gobierno y la Administración. En este sentido, es el gobierno quien dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y también la defensa del Estado. Además, el mismo artículo 97 CE señala que el gobierno es el titular del poder ejecutivo y ejerce también la potestad reglamentaria de acuerdo con la propia Constitución y las leyes.

La Administración Pública, tal y como se infiere del artículo 103.1 de la Constitución Española, "sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Ello significa que la Administración Pública tiene que ser objetiva, neutra e imparcial con todos los ciudadanos por igual para garantizar sus derechos y será el Derecho Administrativo quien garantice ese interés general.

RODRIGUEZ ARANA sostiene que la caracterización que hace el artículo 103.1 de la Constitución Española sobre la función Administrativa en el Estado social y democrático de Derecho, no podría haber sido mejor. "Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía"[5] y, "segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivización del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen"[6].

Cuando la Administración Pública no cumple con todo lo anterior, incurre en responsabilidad, así se infiere del artículo 106.2 de la Constitución Española "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos" y esa responsabilidad también se dará,

[5] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El marco constitucional del Derecho Administrativo. (El Derecho Administrativo Constitucional" *Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 15, 2011, p. 93.

[6] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El marco constitucional del Derecho Administrativo. (El Derecho Administrativo Constitucional" cit., p. 93.

como es evidente, en caso de que la Administración Pública viole cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos.

3. Derechos fundamentales y derechos humanos

Está aceptado por la doctrina que el término derechos fundamentales, como tal, aparece tras la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual se convierte en el primer texto en el que aparecen citados los derechos fundamentales. "Los derechos fundamentales son un concepto histórico del mundo moderno que surge progresivamente a partir del tránsito a la modernidad"[7].

No obstante, ello no quiere decir que antes de 1789 no existiesen elementos que son fundamentales para determinar este concepto, pues ya en textos anteriores –no de derechos fundamentales– aparecía, como señala PECES-BARBA, referencias a la dignidad: "la idea central, que podemos encontrar en todo momento histórico, será la de la dignidad humana. En cada tiempo se realiza de acuerdo con las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas y solo en el mundo moderno a través de los derechos fundamentales (…) la persona reclamará su libertad religiosa, intelectual, política y económica"[8]. Este proceso de evolución, para PECES-BARBA se debe a un triple proceso: "la positivización, la generalización y la internacionalización"[9]. Primero, incluyendo los derechos fundamentales en las diferentes Constituciones; segundo, introduciendo "componentes igualitarios (…), económicos, sociales y culturales que pretenden mejorar la condición del trabajador, la sanidad, la educación o la cultura"[10]; y tercero, "superar el ámbito del Estado nacional y su soberanía para su reconocimiento y protección"[11].

Es importante señalar que el término derechos humanos y derechos fundamentales, aunque existen autores como DURÁN MARTÍNEZ que los usan

[7] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos,* Editorial Debate, Madrid, 1987, p. 11.
[8] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho Positivo de los Derechos* …, cit., p. 11.
[9] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho Positivo de los Derechos* …, cit., p. 13.
[10] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho Positivo de los Derechos* …, cit., p. 14
[11] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho Positivo de los Derechos* …, cit., p. 14

como sinónimos, en mi opinión no lo son[12]. Considero que no pueden usarse como sinónimos porque todos los derechos fundamentales son derechos humanos, pero no todos los derechos humanos son derechos fundamentales. Basta con observar diferentes Constituciones para observar que muchos de los derechos humanos no están contemplados como fundamentales. Por ejemplo, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, recoge el derecho al trabajo y derecho a igual salario por trabajo igual. En ese sentido, el artículo 24 del mismo texto, regula el derecho al descanso, tiempo libre y vacaciones. Otro ejemplo sería el famoso derecho de autodeterminación, recogido en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, reconocido como un derecho humano, pero no un derecho fundamental[13]. Todos ellos son derechos humanos, pero no derechos fundamentales.

Al respecto, también se pronuncia el profesor PÉREZ LUÑO cuando señala que el término derechos humanos es más amplio e impreciso que la noción derechos fundamentales. "Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción derechos fundamentales, se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en la norma constitucional"[14].

4. Relación entre Derecho Administrativo, Administración Pública y derechos fundamentales

Anteriormente se hacía referencia a que todo Estado de Derecho supone el pleno sometimiento del propio ente al imperio de la ley. Un Estado que no

[12] DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "El Derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales" *Revista de* Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Nº, 12, 2007, p. 129.

[13] MIRANDA GONÇALVES, Rubén y CARBAJALES NEIRA, Cristian, "El Derecho de autodeterminación como Derecho Humano del Pueblo saharaui", *Derechos Humanos y Juventud*, Xunta de Galicia, 2015, pp. 395 y ss.

[14] PÉREZ LUÑO, Antonio E., "Los Derechos Fundamentales", *Temas clave de la Constitución Española*. Dir. Pedro de Vega, 6ª edición, p. 46.

garantice el principio de igualdad, no es un Estado democrático y por ende, no protege la libertad de sus ciudadanos y genera discriminación.

Los principios de igualdad y de legalidad son fundamentales para entender la relación entre el Estado y sus ciudadanos y el sometimiento a la ley se traduce en el respeto de los ciudadanos y poderes públicos a todo el ordenamiento jurídico de un Estado, empezando, como es evidente, por el respeto a la Constitución.

Sería inconcebible hablar de Estado de Derecho sin derechos fundamentales, pues son de vital importancia y para ello, el Estado tiene que garantizar la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos frente a los ataques que puedan recibir de terceros, incluida la Administración Pública, que debe servir al ciudadano[15]. En este sentido, es cuando entra en juego el Derecho Administrativo. En palabras de JUSTEN FILHO, el Derecho Administrativo viene a ser "el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que disciplinan las actividades administrativas necesarias para la realización de los derechos fundamentales y la organización y el funcionamiento de las estructuras estatales y no estatales encargadas de su funcionamiento"[16]. Es aquí cuando el Estado asume un papel relevante para garantizar el interés general al que hacíamos referencia en páginas anteriores y para garantizar los derechos y libertades ciudadanas[17], por ello, sin libertad e igualdad, difícilmente se podría hablar de un Estado democrático y de Derecho.

No obstante, no sólo la libertad y la igualdad deben ser respetadas por las Administraciones Públicas, ya que no son los únicos derechos fundamentales que existen, pues también se encuadran dentro de los derechos fundamentales el derecho a la vida y a la integridad física y moral; el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto de los ciudadanos; el derecho a la seguridad; el derecho al honor, intimidad personal, familiar y propia imagen; el derecho a la

[15] DEL MASSO, Fabiano, MIRANDA GONÇALVES, Rubén y ZEFERINO FERREIRA, Rui Miguel, "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito,* Vol. I, 2015, pp. 306 y ss.

[16] JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Adminsitrativo*, 2ª Edición, Editorial Saraiba, 2006, p. 1.

[17] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El derecho fundamental a la buena administración de las instituciones públicas y el Derecho Administrativo", *El derecho a la buena administración y la ética pública,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 77 y ss.

libertad de expresión y el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales sin que pueda producirse indefensión, entre otros.

Como se ha dicho, la Administración Pública no es ajena a ese respeto de los derechos fundamentales de sus administrados y por tanto, tiene que respetarlos. En caso contrario, y ante cualquier lesión[18] que sufran en sus bienes o derechos, ya sea por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, serán indemnizados. Esta indemnización tendría lugar salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

En España, tanto la Constitución –tal y como hemos visto anteriormente en su artículo 106.2– como la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, prevén la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

5. Otros derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública española

Antes de terminar con este capítulo, resulta conveniente hacer alusión a otros derechos que, aunque no tienen el rango de fundamentales, también pueden ser reclamados por los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas españolas. Para ello debemos acudir al artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el cual establece los Derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas. En este sentido, cualquier ciudadano con capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas españolas, es titular de los siguientes derechos:

"a) A comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración.

b) A ser asistidos en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

[18] En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

c) A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico.

d) Al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico.

e) A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

f) A exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y autoridades, cuando así corresponda legalmente.

g) A la obtención y utilización de los medios de identificación y firma electrónica contemplados en esta Ley.

h) A la protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas.

i) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes".

Para concluir, hay que hacer referencia al derecho y obligación que tienen los ciudadanos para relacionarse con la Administración pública vía electrónica si ésta lo requiere. Esta es una novedad que se da en esta Ley de 2015, pues no estaba prevista en la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

6. Conclusión

Todos ciudadanos de un Estado, a través de la Constitución, tienen reconocidos una serie de derechos que son fundamentales y, en base al principio de igualdad, son iguales ante la ley. Ello se traduce también en el ámbito de la Administración Pública, pues todos los ciudadanos tienen que ser tratados igualmente, sin ningún tipo de discriminación que pueda causarle agravio o perjuicio frente a terceros.

La Administración Pública no es ajena a ese respeto de los derechos fundamentales de sus administrados y por tanto, tiene que respetarlos. En caso contrario, y ante cualquier lesión que sufran en sus bienes o derechos, ya sea por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, serán indemnizados. Esta indemnización tendría lugar salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

7. Bibliografía

DEL MASSO, Fabiano, MIRANDA GONÇALVES, Rubén y ZEFERINO FERREIRA, Rui Miguel, "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito,* Vol. I, 2015, pp. 306-324.

DIAZ, Elías, "Estado de Derecho", *Sistema,* Nº 125, 1995, pp. 5-22.

DIAZ, Elías y COLOMER, José Luis, *Estado, justicia, derechos. Filosofía y pensamiento*, Alianza Editorial, 2002.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "El Derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales" *Revista de* Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Nº, 12, 2007, pp. 129-134.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho" *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000 pp. 103-122.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Adminsitrativo*, 2ª Edición, Editorial Saraiba, 2006.

MIRANDA GONÇALVES, Rubén y CARBAJALES NEIRA, Cristian, "El Derecho de autodeterminación como Derecho Humano del Pueblo saharaui", *Derechos Humanos y Juventud*, Xunta de Galicia, 2015, pp. 395-432.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos,* Editorial Debate, Madrid, 1987.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 2ª edición, Colex, Madrid.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., "Los Derechos Fundamentales", *Temas clave de la Constitución Española*. Dir. Pedro de Vega, 6ª edición, p. 46.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El marco constitucional del Derecho Administrativo. (El Derecho Administrativo Constitucional” *Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 15, 2011, pp 85-100.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho fundamental a la buena administración de las instituciones públicas y el Derecho Administrativo”, *El derecho a la buena administración y la ética pública,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 76-106.

ZAFRA VALVERDE, José, *Teoría Fundamental del Estado*, Tomo I, Universidad de Navarra, Pamplona, 1990.

Efetivação dos direitos fundamentais no Brasil: judicialização necessária?

Priscila Luciene Santos de Lima[1]

Rafael Lima Torres[2]

Resumo

O presente estudo busca na judicialização das políticas públicas explicações capazes de validar as decisões judiciais que determinam o Poder Público a realização de uma política pública que deveria partir da atividade discricionária do Estado. Analisando a posição das políticas públicas na constituição brasileira sendo os direitos fundamentais incorporados ao alicerce da cidadania constitucional, assegurando a todos os direitos lá elencados e garantidos pelas quatro gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Porém, diante da ineficiência da administração pública, através da concepção de Neoconstitucionalismo é possível perceber o surgimento de um Poder Judiciário figurando como um coobrigado do estado na realização de políticas públicas direcionadas a garantias dos direitos fundamentais previstos na Constituição Cidadã. Trata-se então de uma espécie de judicialização da política onde não se questiona a inconstitucionalidade gerada por violação do Princípio da Separação dos Poderes. Por tal motivo o estudo apresentado procura demonstrar a possibilidade e validade da judicialização das políticas públicas em relação aos direitos fundamentais.

Palavras chaves: Direitos fundamentais. Constituição. Judicialização de Política Pública. Neoconstitucionalismo. Poder Judiciário.

Summary

This study seeks the legalization of explanations able to validate the judicial decisions that determine public policies the Government to hold a public policy that should from the discretionary activity of the state. Analyzing the position of public policies in the Brazilian constitution and the fundamental rights incorporated into the foundation of constitutional citizenship, ensuring all the rights listed there and guaranteed by four

[1] Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná - UTP. Advogada e Professora Universitária. Contato: pritysantoslima@hotmail.com

[2] Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná - ICPC/UFPR. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo – UP. Advogado e Professor Universitário. Contato: rafaellimatorres@yahoo.com.br

generations or fundamental rights dimensions. However, given the inefficiency of public administration by Neoconstitutionalism design it is possible to see the emergence of a judiciary ranks as a state coobrigado in making public policies to guarantee fundamental rights under the Citizen Constitution. then it is a kind of legalization of politics where there is no question the unconstitutionality generated by the violation of Powers Separation Principle. For this reason the presented study aims to demonstrate the feasibility and validity of the judicialization of public policies in relation to fundamental rights.

Key words: Fundamental rights. Constitution. Legalization of Public Policy. Neoconstitutionalism. Judicial power.

INTRODUÇÃO

As constantes notícias veiculadas nos meios de comunicação sobre a falta de leito em hospitais, superlotação de presídios, falta de vaga em creches e escolas públicas e do descaso do Estado com a população, fazem com que a sociedade perceba um déficit de execução de políticas públicas destinadas à garantia dos direitos fundamentais presentes na Constituição da República.

Diante da crescente inércia do Poder Executivo e do Poder Legislativo em relação às políticas públicas no Estado Brasileiro, a sociedade espera uma resposta ativa do próprio Estado para ver solucionada tal ineficiência, surge então o Poder Judiciário como um guardião dos direitos fundamentais, operando a judicialização das políticas públicas em favor da sociedade.

Do primeiro texto constitucional até a Constituição de 1.988 houve em especial um aprimoramento da proteção dos direitos fundamentais, proporcionando aos cidadãos uma estabilidade na confiança do sistema, que infelizmente vem sendo abalada pela inércia do Poder Estatal em relação às políticas públicas.

Diante da perceptível falta de atividade estatal dirigida à realização de políticas de proteção aos direitos fundamentais, surge um Poder Judiciário legítimo para operar uma espécie de judicialização das políticas públicas sem que haja abalo ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Ainda sob a evolução constitucional, após 1.988 o Ministério Público ganhou atribuição essencial à função jurisdicional do Estado, tendo de promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tendo a seu dispor a Lei de Ação Civil Pública.

Este trabalho pretende sem pretensão de exaurir o tema, demonstrar a possibilidade da expansão jurisdicional como exercício de proteção de direitos

fundamentais através de uma análise feita sob uma perspectiva contemporânea da interpretação constitucional.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em 1988, com advento da atual Constituição, conhecida por Constituição Cidadã, os direitos sociais tomaram forma e foram incluídos em capítulo específico, “Dos Direitos Sociais”, significando importante avanço do tema para a população e para concepção jurídica do termo.

A Constituição de 1988 declarou formalmente como sendo de relevância constitucional uma série de bens e valores jamais mencionados nas constituições anteriores, protegendo bens como saúde, previdência social, educação, meio ambiente, família, crianças e adolescentes, anciões além dos indígenas (MIRANDA, 2013, p. 60).

Assim, os direitos sociais brasileiros surgem na esfera constitucional como uma prestação positiva a ser realizada diretamente pelo Estado com o fim de possibilitar melhor condição de vida e sobrevivência aos menos favorecidos.

O atual modelo de Estado Constitucional absorve algumas das figuras criadas com o Estado de Bem-Estar, dando a elas um novo sentido, agora não mais de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações como do próprio Estado.

Os direitos sociais nos termos em que se expressa na Carta Magna, tornam-se direitos não subsidiários de outros direitos, não se encontrando hierarquicamente inferior ou superior aos direitos civis e políticos, acabando por ser incorporado aos direitos humanos numa dimensão necessariamente social.

Em que pese às proteções dos direitos sociais estarem previstas no texto constitucional, cumpre esclarecer que estes estão insculpidos como normas programáticas, asseverando Alexandre Moraes que tais normas incumbem ao Poder Legislativo, no exercício de sua função legiferante, limitar-se a alcançar interesses ou direitos de obrigação do Poder Executivo, sempre observando a evolução das situações de fato (MORAES, 2007, p. 9).

Normas programáticas constitucionalmente analisadas, dizem respeito a determinados programas de ação social de caráter progressivo assumido pelo Estado,

podendo ser atribuídas a estas o conceito de eficácia limitada, pois precisam de legislação ulterior para alcançar o fim objetivado.

Observando o protecionismo constitucional em relação aos direitos sociais trazido na Lei Maior, criou-se um mecanismo de execução dessas proteções que são delimitadas pela gerência por parte do Estado de políticas públicas destinadas à aplicação das normas programáticas previstas na Constituição, superando a preocupante fase de normatizar as proteções sociais e buscando uma forma de aplicá-las, conforme Bobbio (1992, p. 25) "que o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentalmente tê-los e sim o de protegê-los".

Esta proteção nada mais é do que a derivação da evolução natural da proteção dos direitos fundamentais construída sob a perspectiva de gerações ou dimensões tomando por base os processos históricos em que determinada categoria de direito passou a ser reconhecida.

Falamos em proteger todas as dimensões dos direitos e garantias fundamentais, os direitos de primeira geração que tratam dos direitos à liberdade referente aos direitos civis e políticos, tendo o indivíduo como titular de tal garantia/direito valorizando primeiro o homem-singular, de liberdades abstratas, que remete à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente (BONAVIDES, 2002, p. 517).

Após o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira geração, o Estado se encontrava de forma passiva diante do aspecto social e econômico, sendo ausente na vida do homem, porém com o advento da Revolução Industrial ocorreram densas mudanças na vida social e política dos países, o que exigiu que o Estado abarcasse maiores responsabilidades, intervindo com maior abrangência na vida econômica e social, com o intuito de solucionar os conflitos de interesses de grupos e de indivíduos (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 209), surge então o que se considera os direitos sociais de 2ª geração, apoiando-se na ideia do homem como ser vivente em coletividade, emergindo neste momento os direitos coletivos.

O reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, veio para reduzir a desigualdade social e econômica que debilitava a dignidade humana, explica Dirley da Cunha Júnior:

> O que caracteriza esses direitos é a sua dimensão positiva que objetiva não mais obstar as investidas do Estado no âmbito das liberdades individuais, mas, sim, exigir do Estado a sua intervenção para atender as crescentes necessidades do indivíduo. São direitos de crédito porque, por meio deles, o ser humano passa a ser credor das prestações sociais estatais, assumindo o Estado, nessa reação, a posição de devedor. Estes direitos fundamentais sociais não estão destinados a garantir a liberdade *frente* ao Estado e a proteção *contra* o Estado, mas são pretensões do indivíduo ou do grupo *ante* o Estado. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 212).

Pode ser notado então que a essência dos direitos fundamentais de 2ª geração é a preocupação com as necessidades do indivíduo, onde o Estado deve estar presente.

Embora as garantias dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração tenham proporcionado ao cidadão uma proteção em relação aos poderes estatais, surgem os direitos fundamentais de terceira geração, iniciada por Karel Vasak, que denominou de direitos de solidariedade, que se ajustam na fraternidade, esses direitos de terceira dimensão residem fundamentalmente, na sua titularidade coletiva (MELO, 2001, p. 62).

Dentre os direitos fundamentais de terceira geração podem-se citar os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, assim como o direito ao uso do patrimônio histórico e cultural, bem como o direito de comunicação. Na verdade, são reivindicações novas do ser humano, geradas pelo impacto tecnológico (SARLET, 2003, p. 54).

Portanto, nos direitos de terceira geração ou dimensão, o sujeito ativo possui titularidade difusa ou coletiva, esses direitos não enxergam o homem como um ser único, mas como membro de uma coletividade ou grupo.

Com o avanço social, as garantias fundamentais até então estudadas tiveram que evoluir, sendo concebida da evolução mencionada os direitos fundamentais de quarta geração, tendo em sua essência o direito à democracia, ao pluralismo e à informação ante ao fato do avançado desenvolvimento tecnológico.

A democracia direta e globalizada é tida como o mais importante dos direitos fundamentais de quarta geração; nessa esteira, também entende Adilson Josemar Puhl, onde o direito tido como o mais importante é o da democracia, tendo que ser “direta e livre da mídia manipuladora produzida pelas classes dominantes” (PUHL, 2005, p. 137).

O que se pode perceber é que as garantias sociais contidas na Constituição da República Federativa do Brasil é fruto de uma constante evolução das gerações de

direitos fundamentais, abrindo uma oportunidade para entender que o texto constitucional não é mero texto de expectativa, mas sim um instrumento de garantia de execução de políticas públicas capazes de sustentar o fundamento da constituição cidadã.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Romita, direitos fundamentais "são aqueles que, em dado momento histórico, são fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, assegurando a cada homem as garantias da liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça" (ROMITA, 2005, p. 36).

Brega Filho nos traz que "direitos fundamentais seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana" (BREGA FILHO, 2002, p. 66).

Como se pode notar, os direitos fundamentais aqui tratados são frutos do estudo das gerações, ou dimensões dos direitos anteriormente destacados, portanto, insta salientar que tais direitos ocorrem de acordo com as necessidades e valores da realidade atual.

Sobre o assunto proposto, Sarlet (2003, p. 19) coloca os direitos fundamentais em uma base de conjunto relacionado ao estado tendo importante relevância, pois sua história culmina no surgimento do Estado Constitucional, que tem sua essência e razão justamente no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

O Estado Constitucional de Direito possui seu alicerce na real efetivação dos direitos fundamentais, tendo seus vínculos no Estado de Direito com viés garantista, impedindo, por vezes, a concepção de democracia vinculada à maioria, pois nesta situação nem mesmo a maioria pode violar os Direitos Fundamentais dos indivíduos (ROSA, 2003, p. 21), ideia complementada por Sarlet (2003, p. 47) quando leciona que existe uma indispensabilidade da supremacia e estabilidade dos direitos fundamentais a partir de sua constitucionalização.

O efeito deste princípio passa então a nortear o sistema jurídico pátrio, tendo uma perspectiva humanitária dos direitos e garantias destinados aos cidadãos, mais precisamente na integral proteção da dignidade e proteção da pessoa humana numa

ampla e interdisciplinar perspectiva, implicando em sua observância não só por parte do Estado, mas por toda sociedade.

Assim, nosso ordenamento jurídico constitucional passa a ter caráter fundamental em uma estrutura onde se coloca a Carta Magna hierarquicamente superior às demais normas, em especial ao tema direitos sociais e direitos humanos. No tocante aos direitos fundamentais, em especial ao que tange suas efetivações, surgem as políticas públicas como instrumento utilizado pelo Poder Executivo e Legislativo na concretização das ações do Estado de tais garantias, assim como para implementação dos direitos que dependem de regulamentação estatal.

Os direitos fundamentais tomam forma de relevância considerável da atividade administrativa estatal, demonstrando diferença em relação ao Estado de Direito, o qual busca por finalidade a realização da estrita noção de interesse público.

Estando apresentada a Constituição Federal como norma jurídica vinculante a toda sociedade, em especial à Administração Pública, incumbe a esta a função de prestar efetividade material aos comandos gerais contidos nas normas jurídicas constitucionais.

Tratando de políticas públicas, é indispensável constar que estas são delimitadas por diretrizes norteadas por princípios de ação do poder público em prol da sociedade; afirmando tal conceito, Bucci traz que "políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, 2002, p. 241).

Complementa Thiago Lima Breus:

> Para que a Administração realize os comandos normativos contidos na Constituição, especialmente os direitos Fundamentais sociais ou prestacionais, é preciso que o faça por meio de programas e ações específicos, os quais, exatamente por serem dirigidos à realização desses direitos, de forma convergente e adequada, podem ser denominados Políticas Públicas. (BREUS, 2007, p. 47).

A partir do prisma mencionado em que as políticas públicas são instrumentos de ação do Estado a fim de concretizar suas finalidades, ficam estas subordinadas ao princípio da legalidade, pois tanto em relação aos meios quanto aos fins, sua aplicação pode ser declarada juridicamente nula ou inválida, à medida em que não se respeite o princípio da legalidade, invalidando então sua eficácia.

Diante da necessidade de subsunção ao princípio da legalidade, estão as políticas públicas sujeitas ao controle do poder pelo poder, sendo incluído neste rol o controle judicial, assim como o controle de resultados, além do controle político e social, havendo de forma direta uma prestação de contas devida pelo governo e administradores aos titulares do poder político, neste caso, a sociedade.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA

A judicialização da política surge como um fenômeno moderno representando a busca de solução judicial para problemas reais de certo déficit de democracia, na medida em que muitas políticas públicas são submetidas ao Poder Judiciário, pois não encontram espaço no âmbito do debate público envolvendo os atores sociais (APPIO, 2007, p. 172).

Os direitos presentes no constitucionalismo contemporâneo alicerçam o Poder Judiciário na expansão judicial sob a esfera política por via de uma judicialização capaz de sanar as ingerências Executivas e Legislativas na garantia especialmente dos Direitos Fundamentais.

A progressiva expansão do Estado em cada um dos seus ramos acaba modernizando a concepção formal do Princípio da Separação dos Poderes, à medida que a interpretação constitucional passa a ser feita sob a égide do neoconstitucionalismo, legitimando então uma maior atuação do Judiciário em matérias que de prima fácie não estariam elencadas em sua função primária.

O termo judicialização da política se presta para designar abordagem da dimensão política do papel dos juízes e dos tribunais no sistema político democrático, o interesse social no papel dos juízes pode ser colocado de duas formas distintas, sendo uma ao que diz respeito ao protagonismo político mais acentuado da sociedade organizada, e outra sob a perspectiva da adoção da democracia constitucional como modelo de acesso ao poder decisório, de organização da sociedade e de gerenciamento e resolução dos conflitos entre classes e grupos sociais (TEIXEIRA, 2001, p. 32).

Por tal situação, ocorre uma interação entre o Poder Judiciário, os Poderes Legislativos e Executivos ao que tange o processo decisório no regime democrático.

Em relação à justiça e à segurança, o Direito acaba vivendo uma crise existencial, não dando ao juiz oportunidade de distanciamento crítico em relação aos casos em que tenha que proferir julgamento, tendo este que atuar meio à fumaça e à

espuma, circulando numa era de sufixos neo e pós, na tentativa de nominar tudo de novo o que está a lhe acometer (BARROSO, 2005, p. 233-234).

No Brasil, a judicialização de política pública surge após a Constituição de 1988, em meio a necessidade de assegurar a mínima garantia dos direitos sociais fundamentais e dos cidadãos, deixando para trás anos de opressão militar imposto pelas ditaduras.

A partir da Carta magna, as normas constitucionais passam a ser postuladas como sendo normas jurídicas dirigidas a toda sociedade, sendo imperativas e possuindo capacidade de ser imposta pela força desde que seja eivada da legalidade que se espera.

Nesse sentido, até a concretização do novo pensar constitucional, o Poder Judiciário não possuía papel relevante na concretização do conteúdo da Constituição, sendo somente após este período que o juiz passa a ser responsável também pela realização e cumprimento da Constituição, criando então uma expansão às suas atividades.

Ao movimento natural do conjunto de transformações gerado pela interpretação constitucional, com a constitucionalização dos direitos sociais e direitos fundamentais que marcaram o constitucionalismo contemporâneo se dá o sustentáculo da judicialização da política.

A propósito da expansão judicial, nota-se que esta não se dá a partir da retórica, mas sim de um conceito de proteção e robustez constitucional que lhe afirma legitimidade, sendo um mecanismo de interpretação ou de acoplamento estrutural (NEVES, 2007, p. 65), que teve no direito da constituição a judicialização da política à medida que os conflitos sociais gerados pelos direitos fundamentais foram surgindo.

A jurisdição constitucional vem exercer importante papel no cenário de controle judicial da legitimidade do poder político uma vez que nenhum dos Poderes da República está em posição superior à Constituição, estando todo e qualquer desvio jurídico constitucional praticado em qualquer instância do poder sujeito à fiscalização judicial.

O paradigma que surge a partir da possibilidade do controle judicial dos atos públicos exercidos na forma da judicialização da política, está ligado à limitação da discricionariedade ou liberdade na elaboração das normas pelo Legislativo e da imposição de programas e políticas constitucionais que são impostas pela Administração.

Em que pese à afirmação da possibilidade de judicialização da política, um ponto de questionamento é levantado acerca do controle judicial dos atos administrativos, em especial ao tocante à discricionariedade dos atos da administração pública.

Em relação aos atos discricionários inerentes ao Poder Público, cumpre apresentar o conceito trazido por Hely Lopes Meirelles (2010, p. 121-122):

> Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.
> Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido. [...] mais uma vez insistimos nessa distinção, para que o administrador público, nem sempre familiarizado com os conceitos jurídicos, não converta a discricionariedade em arbítrio, como também não se arreceie de usar plenamente de seu poder discricionário quando estiver autorizado e o interesse público o exigir.

A partir da íntima ligação da discricionariedade com o interesse público, é possível notar que existe uma correlação entre a atividade estatal e o controle judicial em especial das políticas públicas, diante de uma possível inércia do Estado em relação ao cumprimento de seu dever precípuo de proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Em termo, a judicialização acaba sendo operada tanto pelos tribunais que realizam a revisão judicial das ações realizadas pelo Executivo e Legislativo, quanto à introdução de procedimentos judiciais das demais esferas do Poder, para Barroso (2013, p. 3):

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgão do poder judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o congresso e o poder executivo em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

De um possível rol de ações que devem ser realizadas pelo Poder Executivo e Legislativo estão as políticas públicas, sendo estas um instrumento de concretização e afirmação dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

Porém, são frequentes as omissões do Estado frente a execução das políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais, havendo a necessidade de um controle judicial das ações ligadas aos direitos aqui tratados.

O caráter das políticas públicas no Brasil deriva em regra de ato político de governo que tem grande margem de discricionariedade, permitindo que o administrador o faça sem a necessidade de consulta ao Legislativo, enquanto os atos de governo gozam de ampla discricionariedade com vínculo à legislação infraconstitucional.

A diferenciação do ato político e do ato de governo é necessária, pois a doutrina defende a possibilidade do controle judicial dos atos de governo, enquanto apresentam uma restrição da possibilidade do controle judicial dos atos políticos em razão de sua discricionariedade, firmando-se no direito pátrio uma certa orientação no sentido da admissibilidade de apreciação jurisdicional dos atos de governo caso haja lesão ou ameaça de direito (MEDAUAR, 2012, p. 164).

Ao que se nota, pode sim haver uma judicialização na execução das políticas públicas dirigidas à proteção dos direitos constitucionais do cidadão sempre que houver lesão ou ameaça ao direito conforme consta expressamente no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Desta forma, a judicialização da política figura como gênesis do constitucionalismo contemporâneo que decorre da constitucionalização do Direito, dando forma ao Poder Judiciário para que este, por meio da jurisdição constitucional, expanda sua atuação no Poder Político.

4. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO

A judicialização da política pública posta, em nenhum momento viola o princípio da separação dos poderes justamente pois se trata da aplicação do sistema de freios e contrapesos que servem de base para a construção do sistema político brasileiro.

Partindo da possibilidade de existência, validade e eficácia da judicialização da política, e que, nos casos onde for encontrada violação de direitos constitucionais o Poder Judiciário deve agir em prol de sua efetivação, é possível entender que a supremacia da garantia dos direitos fundamentais se sobrepõe à tripartição dos poderes.

A construção teórica da separação dos poderes construída por Montesquieu assume duas premissas de real importância, a primeira de que o detentor do poder tende a cometer abusos até encontrar seu limite, a segunda, na verdade uma advertência, é que se faz necessário que o poder seja freado pelo próprio poder (BARBOSA, 2006, p. 2).

A teoria da tripartição dos poderes iniciada por John Locke e aprimorada por Montesquieu com a ideia do sistema de freios e contrapesos, atribui aos poderes Legislativos e Executivos a responsabilidade de criar e executar as leis, porém, Montesquieu introduz à teoria estudada a denominação de poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nota-se a importância da tripartição à medida que tal situação preleciona o controle do poder pelo poder, pois delega ao Legislativo criar as leis, ao Executivo implementá-las para gerência do Estado e ao Judiciário assegurar que a aplicação da lei formulada tenha eficácia no plano concreto, fazendo com que haja uma fiscalização recíproca entre os entes criados no sistema tripartido.

A interpretação da ideia protagonizada por Montesquieu de separação dos poderes pretende conciliar o conceito de liberdade com legalidade, sendo aprimorado pelo direito contemporâneo o conceito de que deve haver um sistema capaz de instrumentalizar o direito das leis em favor das minorias, promovendo igualdade da promoção social; tal aprimoramento se encontra na legitimidade do Poder Judiciário em atuar diretamente na fiscalização do cumprimento dos direitos fundamentais constitucionais.

Desta forma, o Juiz deixa de ser um mero expectador das atividades públicas dirigidas à sociedade, tendo função integradora da aplicação do direito constitucional à sociedade em geral; nesse sentido Costa ensina:

> Ao contrário da tese montesquiana, o juiz não é, nem nunca foi, 'a boca inanimada da lei'. É inevitável a presença do elemento subjetivo do ato jurisdicional, na medida em que aplicar é indissociável dos atos de interpretar e criar. Aquilo que se diz ser uma percepção racional do direito positivo é, em verdade, um ato de vontade. (COSTA, 2004, p. 71).

O que se percebe é que em determinadas situações os poderes políticos acabam sendo desviados de suas finalidades, não convergindo para as pretendidas pelo Estado, fazendo com que o Judiciário assuma papel de protagonista, inibindo as violações Estatais dos direitos constitucionais assegurados à sociedade.

A judicialização da política não tem o condão de subverter a tradicional ideia de separação de poderes, mas sim fazer com que uma vez havendo um Estado formado por três poderes distintos, estes devem agir em prol da garantia dos direitos constitucionais fundamentais previstos na Carta Magna.

5. NEOCONSTITUCIONALISMO COMO AFIRMAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto anteriormente, a Constituição Brasileira apresenta uma proteção aos direitos fundamentais através de normas programáticas, que deveriam ser estabelecidas por legislação específica, porém nem sempre o Estado cumpre com seu papel de proteção de tais direitos através da elaboração da lei fazendo com que ocorra uma espécie de insegurança ao bem jurídico protegido na constituição.

Deve então se buscar uma solução na expansão da criação judicial a fim de selar algumas lacunas sociais criadas pela inércia dos demais poderes, neste caso não se afasta o "princípio do primado da lei", nem tampouco os costumes, religião, senso de justiça, os acordos que, se forçados a servirem de base para eliminação de conflitos, poderiam apresentar as suas soluções.

Diante da evolução dos estudos constitucionais, as Constituições modernas vieram ocupar lugar dos Códigos, superando o legalismo, fruto da concepção liberal do direito. O princípio da supremacia da lei não mais prevalece como produto perfeito e acabado, sendo necessária uma subsunção da lei à Constituição ligada aos princípios constitucionais de justiça bem como pelos direitos fundamentais.

No Brasil, existe o reconhecimento da possibilidade de aplicação dos princípios de direito sempre que o sistema legal for omisso ao caso a ser analisado.

Os princípios no Direito estão centrados como pilares do sistema jurídico possuindo força normativa exercendo função muito além daquelas que se propunham os positivistas modernos, pois estão alocados como fontes primárias de direito expressando os valores fins de uma sociedade (CAMBI, 2010, p. 88).

Para objetivação do direito nota-se a complementação entre regras que se propõe a descrever as condutas para obtenção de certas finalidades, e princípios que dependem de determinados comportamentos para sua realização.

Surge então o neoconstitucionalismo derivado de uma compreensão da constituição como sendo norma jurídica fundamental dotada de supremacia, com

textos voltados à valoração das opções políticas fundamentais associadas à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Na esteira do neoconstitucionalismo, explica Barroso (2005, p. 123) trata-se de um novo direito constitucional, identificado por um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional tendo (i) como marco histórico a formação do estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós positivismo com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Ética; (iii) como marco teórico, conjunto de mudanças que incluem força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Do conjunto de todos os fenômenos apontados pelo autor, o resultado se deu em um processo profundo de constitucionalização do direito.

Assim, o neoconstitucionalismo é fruto de uma teoria voltada para realização do Estado Democrático de Direito obtido pela via da efetivação dos direitos fundamentais, dando ênfase no caráter transformador das constituições modernas, acreditando que com esta posição encontra-se um norte para orientação das mudanças sociais necessárias. Tais fundamentos têm por objetivo maior ampliar a proteção dos tutelados constitucionalmente de forma a garantir e assegurar a real aplicabilidade e segurança na proteção dos direitos fundamentais (CAMBI, 2011, p. 28).

O Estado deixa então de figurar exclusivamente como ente Legislativo, passando a valorar a norma constitucional, tendo como principal fonte normativa a Constituição, fazendo com que a Constituição Federal seja a força básica do seu ordenamento, prevalecendo a efetivação dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo passa a ser uma proposta de encerramento e superação do paradigma da validade meramente formal do direito, no qual bastava o Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão jurídica, afastando então a tese de que em nome da vontade do legislador tudo o que o Estado faça tenha legitimidade.

Diante da aceitação da constitucionalização do direito somada ao fenômeno expansivo das normas constitucionais alargando seu lastro de alcance às demais normas jurídicas, os valores destinados ao fim público bem como os princípios insculpidos na Carta Magna passam a dar forma, validade e sentido às demais normas

do direito infraconstitucional, avalizando a intervenção judicial na aplicação nos princípios constitucionais de proteção aos direitos sociais.

CONCLUSÃO

O crescimento da representação política do Poder Judiciário, juntamente com a crescente legitimação de sua atuação em prol da garantia de aplicabilidade das políticas públicas em favor do cidadão, demonstra que a atividade jurisdicional está sendo realizada em função de sanar as falhas e omissões do Poder Público, fazendo com que o Poder Judiciário tenha atuação direta na relação indivíduo-estado, atuando como um coobrigado na execução das políticas públicas.

A situação está diariamente em discussão nos Tribunais Brasileiros assim como nos gabinetes dos Magistrados, que em meio a tantos desafios se deparam com aquele que talvez seja o mais difícil de todos: assumir a função estatal e determinar que se assegure um direito fundamental que não vem sendo cumprido pelo Estado.

Tarefa difícil a do magistrado, pois ele está assumindo a dianteira da decisão que em primeira mão seria administrativa e discricionária, mas que tem de ser tomada pelo exercício da atividade jurisdicional em razão da Inércia do Estado Político, e para que haja legitimidade na decisão, precisa o Magistrado decidir de acordo com os parâmetros democráticos estabelecidos entre o cidadão e o Estado.

Aceitar que há uma efetiva legitimidade da atividade jurisdicional no âmbito das políticas públicas, nada mais é do que interpretar o artigo 5º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, assim como o artigo 3º da Carta Magna.

O Judiciário exerce então importante função na fiscalização de execução de políticas públicas, pois atualmente é crescente o aumento da frequência e ineficácia dos Poderes Legislativo e Executivo em realização da promoção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, havendo uma omissão por parte do Estado no tocante à realização da concretização dos direitos fundamentais, compete ao Poder Judiciário intervir, assumindo postura de coobrigação para a garantia dos direitos ameaçados, tanto na judicialização das políticas públicas, quanto na atividade exercida pelo ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Ação civil pública no estado democrático de direito**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

BARBOSA, Claudia Maria. Independência do poder judiciário e súmula vinculante. Curso de Pós Graduação em Direito Empresarial. Universidade Estadual de Londrina/PR (Org.). **Revista Direito e Pós Modernidade**. Londrina: UEL, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. Constitucionalização do direito e judicialização das relações político-sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v.2, n.10, p.289-299, 2005.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista eletrônica da OAB**. Brasilia, n. 4, p. 1-29, jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 abril. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas do Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Flavio Dino de Castro e. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista Bimestral de Direito Público**. Porto Alegre: nota dez. n. 28, a. 6, nov./dez. 2004.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho**: Direito fundamental. São Paulo: LTr, 2001.

MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais**: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: M. Fontes, 2007.

PUHL, Adilson Josemar. **Princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade**. São Paulo: Pillares, 2005.

ROMITA. Aryon Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

ROSA. Alexandre Moraes. **O que é garantismo jurídico**? Teoria geral do direito. Florianópolis: Habitus, 2003.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar**: a Judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano, 2001.

Os direitos humanos em política externa: algumas notas sobre o caso português

Pedro Ponte e Sousa[1]

Resumo: A promoção dos direitos humanos (DH) vem, crescentemente, formando parte da política externa dos estados, e, em concreto, da política externa portuguesa (PEP), particularmente desde a transição para a democracia, embora com um cariz relativamente secundário. Mas qual é o papel da defesa dos DH na orientação externa de Portugal? A defesa dos DH está condicionada à defesa de outros objectivos? A participação da opinião pública, o risco envolvido (na deterioração das relações bilaterais ou na credibilidade do país) ou a possibilidade de captar apoios internacionais são elementos relevantes no processo de decisão? Este trabalho abordará: 1) a relação entre os DH e a política externa, enquadrando as alterações práticas nas novas agendas (novos temas) para as relações internacionais e para a política externa dos estados com as várias abordagens teóricas; 2) os DH na PEP, identificando elementos relacionados com os DH na estrutura e objectivos da acção externa de Portugal; 3) os estudos de caso (Timor-Leste, Angola, Guiné Equatorial), aferindo: a posição oficial do estado Português; o envolvimento da sociedade civil em Portugal; o risco que o tema coloca para as relações externas de Portugal; e quais os resultados (obtidos, ou não, pela acção da diplomacia portuguesa).

Palavras-chave: direitos humanos; política externa; política externa portuguesa

Abstract: The promotion of human rights (HR) is increasingly forming part of the states' foreign policy, and, in particular, Portuguese foreign policy (PFP), mainly since the transition to democracy, albeit being a relatively secondary priority. But what is the role of HR defense and promotion in the external orientation of Portugal? Is the defense of HR secondary to other objectives? Are the participation of public opinion, the risk involved (in the deterioration of bilateral relations or in the country's credibility) or the ability to capture international support important elements in the decision process? This work will address: 1) the relationship between HR and foreign policy, looking into the practical changes in the new agendas (new issues) for international relations and states' foreign policy with the various theoretical approaches; 2) the HR in PFP, identifying elements related to HR in the structure and objectives of the external action of Portugal; 3) case studies (East Timor, Angola, Equatorial Guinea), checking: the official position of the Portuguese state; the involvement of civil society in Portugal; the risk that the issue poses to the external relations of Portugal; and what were the results (obtained or not by the action of the Portuguese diplomacy).

Key words: human rights; foreign policy; Portuguese foreign policy

[1] Estudante de doutoramento em Estudos da Globalização na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa (FCSH-UNL).

Introdução

A política externa, como o estado-nação, tem sofrido profundas mudanças num passado recente, adaptando-se a um novo contexto internacional e das relações entre estados (e entre estes e organizações internacionais). O ambiente internacional, particularmente no que concerne a questões de segurança e defesa, parece ter-se alterado radicalmente: a possibilidade de guerra ou conflito armado parece ser cada vez menos provável para a generalidade dos estados, mas emergem uma série de outras fontes de insegurança, novas (ou renovadas) ameaças e riscos à sua segurança e defesa, colocando em causa não propriamente a integridade territorial do estado, mas a segurança dos seus cidadãos, ao nível doméstico e internacional. Os temas da 'low-politics' (questões de cariz económico ou social) vêm progressivamente ganhando espaço frente à 'high-politics' (temas relacionados com a segurança e defesa) nas agendas de política externa dos estados e na política internacional. As relações económicas ou culturais entre actores de diferentes estados, condicionadas ou enquadradas pelos seus estados, tornam-se cada vez mais relevantes e, simultaneamente, promovem a importância de outros actores na cena internacional para além dos estados (empresas multinacionais, ONGs, etc.). Ao mesmo tempo, temas como a promoção da democracia, do estado de direito e, em particular, dos direitos humanos têm um espaço relevante na agenda de política externa de muitos estados, participando também estes cada vez mais em organizações e acordos internacionais cujo enfoque, principal ou não, abarca estas matérias.

Podemos argumentar que os assuntos relacionados com os direitos humanos (bem como com a promoção da democracia e do estado de direito) têm vindo a ganhar um impacto significativo (e crescente) na política externa dos estados. Por um lado, a emergência de novos temas nas agendas de política externa dos estados; por outro, uma certa transformação na visão do que deve ser o propósito da política externa e das relações entre estados, menos dedicadas ao 'interesse nacional', decidido de forma estrita, mas cada vez mais ao serviço dos cidadãos; e ainda, o papel de organizações e acordos internacionais[2], levariam a uma crescente atenção ao tema dos direitos humanos. Aliás, é justamente a existência deste regime e dessas organizações e acordos que, ao mesmo tempo que retira, de certa forma, soberania aos estados nos seus assuntos internos, aumenta a monitorização sobre a política interna dos mesmos, e promove os valores democráticos e dos direitos humanos pela acção (e pressão) de estados, como de actores não-estatais. Relativamente à questão dos direitos humanos, a literatura das Relações Internacionais[3] e, em particular, dos estudos sobre política externa, tende a minimizar o papel de questões 'éticas' ou 'morais' nos processos de formulação e decisão em política externa. Em particular, o

[2] PATRÍCIO, Raquel. "Política Externa", in MENDES, Nuno Canas e COUTINHO, Francisco Pereira (orgs.), *Enciclopédia das Relações Internacionais*. Lisboa: Dom Quixote, 2014; DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd edition. New York: Cornell University Press, 2013; NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005.

[3] Como é comum na produção científica da área, utilizaremos 'Relações Internacionais' (com letra maiúscula) quando nos referirmos à ciência social, e a 'relações internacionais' (com letra minúscula) para os fenómenos concretos da realidade internacional.

ponto de vista do Realismo e do Neorealismo entende que a promoção dos direitos humanos não é (ou não deve ser) um objectivo de política externa, apesar de esta poder, por vezes, não ser totalmente incompatível com os objectivos inicialmente traçados. A defesa do interesse nacional (ou seja, do poder, segurança, independência, bem-estar, …) deve ter sempre precedência sobre considerações de natureza 'moral', pelo que a promoção dos direitos humanos em países terceiros deverá ocorrer apenas quando contribua para a defesa do interesse nacional ou, pelo menos, for com ele compatível. Isto ocorre porque o dispêndio de recursos a favor de terceiros e sem proveito próprio não é, segundo esta perspectiva, racional ou legítimo, dado que considerações de tipo moral podem reger as relações entre indivíduos, mas não entre estados – que são, em larga medida, racionais, unitárias, apolíticas, de consenso (dentro de cada país), em busca do aumento dos factores de poder, entre outros. Ainda mais, esta situação não deveria alterar-se, dada a constância, previsibilidade, e necessidade de credibilidade e despolitização da política externa (face às mudanças ou vontades políticas de âmbito interno), representando o interesse nacional. Isto levaria ainda à reduzida participação da sociedade civil e de grupos de interesse nos processos de formulação e decisão, num processo pouco permeável a outros actores interessados, mas altamente centralizado numa muito pequena elite governante[4].

Estas tendências não são indiferentes ao Estado português. A promoção internacional da democracia, dos direitos humanos e do estado de direito tem vindo crescentemente a ser parte da estrutura, dos valores e dos objectivos da política externa portuguesa, embora se apresente ainda, de certa forma, com um cariz relativamente secundário. Em particular, desde a transição para a democracia, Portugal parece ter mantido cada um desses elementos como parte estruturante da sua política externa, quer de forma directa ou indirecta no que toca à sua acção externa, embora "seja questionável se, no caso de conflito de interesses, Portugal defendeu sempre e em todo o lado a primazia dos direitos humanos sobre outros interesses ou se condicionou a sua política de DH à defesa de outros objectivos de política externa"[5]. Por outro lado, a promoção dos direitos humanos, mas também da democracia e do estado de direito têm sido prerrogativas da acção de várias organizações internacionais de que Portugal é membro, ocupando um lugar destacado a UE[6], mas também outras organizações como o Conselho da Europa, ao

[4] PATRÍCIO, Raquel. "Política Externa", in MENDES, Nuno Canas e COUTINHO, Francisco Pereira (orgs.), *Enciclopédia das Relações Internacionais*. Lisboa: Dom Quixote, 2014; NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005; FREIRE, Maria Raquel; VINHA, Luís da. "Política externa: modelos, actores e dinâmicas", in Maria Raquel FREIRE (org.), *Política Externa: As Relações Internacionais em Mudança*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 13-54; MENDES, Pedro Emanuel. *Portugal e a Europa. Factores de afastamento e aproximação da política externa portuguesa (1970-1978).* Porto: CEPESE (Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade), 2012

[5] GOMES, José. "A política externa e os direitos humanos". *Revista Negócios Estrangeiros,* nº 2, Setembro de 2001. Lisboa: MNE, pp. 113-4

[6] MATOS, André Pereira. *A constructivist perspective on EU's democracy promotion in Turkey*. Tese de Doutoramento em Relações Internacionais. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Universidade Nova de Lisboa, 2014

nível regional, e a título de exemplo. Ainda assim, verificamos que a participação de grupos de interesse ou a participação da sociedade civil nos processos de formulação e tomada de decisão na política externa portuguesa não estão, em larga medida, estudados ou sequer identificados, sendo apenas possível reconhecer alguns (escassos) elementos ou estudos de caso que nos permitam identificar o seu papel, em determinados eventos ou temas, e apontando tanto para um escasso envolvimento (e interesse?) desses actores na formulação de tais políticas, bem como o reduzido peso desta dimensão nos objectivos e preferências da política externa. No que concerne especificamente ao caso português, a produção científica sobre política externa portuguesa tem-se focado essencialmente ou numa perspectiva muito geral sobre as grandes opções do posicionamento externo de Portugal, ou numa abordagem essencialmente de estudo-de-caso, sendo que, de qualquer das formas, o seu estudo é fortemente dependente da história, a teoria encontra-se praticamente ausente, e assim sendo é escassa a real compreensão do papel de diferentes actores e instituições nos processos de formulação e decisão em política externa, excepto em determinados momentos e eventos muito específicos, bem como o estudo de elementos relativamente secundários na estrutura da política externa, procurando aferir relações entre determinados eventos e decisões e respostas aos mesmos por outros estados[7]. Assim, a abordagem que pretendemos usar neste trabalho, compreender o papel dos temas relacionados com os direitos humanos (e relacionados) na orientação internacional de Portugal, é um elemento quase totalmente ignorado do estudo da política externa portuguesa, por diferentes motivos, e que, deste modo, nos parece interessante explorar aqui, ainda que de uma forma essencialmente exploratória e introdutória. Interessa-nos, em particular, tentar identificar eventuais momentos ou casos em que as considerações relacionadas com os direitos humanos poderão ter sido particularmente relevantes para a estruturação da política externa portuguesa. Interessa-nos, igualmente, avaliar o grau de participação ou de envolvimento da sociedade civil em cada um destes temas, de forma comparativa, e portanto procurando apontar para características que permitam ter em conta o seu envolvimento nos reais processos de formulação e decisão em política externa. Tentaremos igualmente, na medida do possível, manter uma compreensão dos diferentes níveis de análise dos fenómenos em estudo, sobretudo atendendo à ligação entre fenómenos estritamente nacionais e o envolvimento da comunidade internacional. Deste modo, procuraremos trazer uma nova luz sobre a política externa portuguesa contemporânea, tentando incluir temas, abordagens e perspectivas que normalmente são, por diversos motivos, excluídos dos estudos sobre a orientação internacional do país. Assim, podemos definir com as nossas questões de investigação: *Qual o papel da defesa dos direitos humanos na orientação externa de Portugal?* E, como sub-questões: *A defesa dos direitos humanos está*

[7] MENDES, Pedro Emanuel. *Portugal e a Europa. Factores de afastamento e aproximação da política externa portuguesa (1970-1978).* Porto: CEPESE (Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade), 2012; SOUSA, Pedro. *A Política Externa Portuguesa: continuidade e ruturas. Análise dos programas de Governo de 1999 ao presente*. Dissertação de Mestrado em História, Relações Internacionais e Cooperação. Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2015.

condicionada à defesa de outros objectivos? Elementos como a participação da opinião pública, o risco envolvido (na deterioração das relações bilaterais ou na credibilidade do país) ou a possibilidade de captar apoios internacionais são relevantes para explicar o envolvimento de um estado em questões de direitos humanos noutro?

Deste modo, temos como principais objectivos deste trabalho procurar compreender se é possível aportar uma nova(s) perspectiva(s) ao estudo da política externa portuguesa, em particular incluindo a defesa dos direitos humanos como elemento a ter em conta nos estudos sobre relações bilaterais ou no envolvimento de Portugal em momentos de crise, bem como a relevância de elementos como a mobilização da opinião pública e da sociedade civil, e o risco que tal coloca nas relações bilaterais entre os dois estados ou na degradação da reputação de cada um dos países na cena internacional. Ou seja, procuraremos não só, mas também interligar um conjunto de temas que são particularmente relevantes para a política interna e no estudo da ciência política nos estudos sobre política externa, pretendendo daí discernir da relevância e pertinência desse estudo. Ademais, tentaremos, na medida do possível e no que toca ao caso dos apoios, perceber até que ponto o interesse de outros actores internacionais (em particular, outros estados) sobre determinado tema ou região contribui para que os assuntos de direitos humanos num determinado estado se tornem relevantes para outros. Tentaremos apurar se a política externa de Portugal tem, de forma constante e permanente, um objectivo de defesa dos direitos humanos ao nível global ou se, em alternativa, esse é largamente adaptável (ou está condicionado) a outro tipo de interesses e outros objectivos. Deve-se notar, como já fizemos referência acima que, tendo em conta a escassa produção científica sobre este objecto de estudo (em particular para o caso português), tratar-se-á de uma análise em larga medida preliminar, necessitando de um mais apurado estudo posteriormente. Esta análise será ainda enformada pela revisão teórico-conceptual partindo de alguns autores já referidos acima, tocando temas como as teorias das Relações Internacionais e como estas percepcionam a política externa, a relação entre direitos humanos e política externa, os meios e mecanismos envolvidos, entre outros. Propor-se-ão como hipóteses provisórias a crescente atenção da política externa a estes temas, bem como uma substancial adaptação da acção externa do país considerando os meios, recursos e riscos envolvidos.

Relativamente à estrutura deste trabalho, a linha de argumentação repartir-se-á por três secções: 1) a relação entre os direitos humanos e a política externa, olhando para: as novas agendas (novos temas) para as relações internacionais e para a política externa dos estados; o Realismo e os direitos humanos; argumentos contrários à inclusão deste tema nas agendas de política externa, e elementos que têm contribuído para a expansão dos direitos humanos nas relações externas; meios e mecanismos envolvidos; 2) os direitos humanos na política externa portuguesa, tratando: a teoria, em Portugal, sobre os 'valores' e a política externa; e elementos que apontem para a presença de um enfoque nos direitos humanos na estrutura e objectivos da acção externa de Portugal; 3) os estudos de caso, colocando o enfoque nos casos de Timor-Leste, Angola, e a Guiné Equatorial, em momentos concretos,

aferindo: a posição oficial do estado Português sobre o assunto; o envolvimento da sociedade civil em Portugal; o risco que o tema coloca para as relações externas de Portugal; e quais os resultados (obtidos, ou não, pela acção da diplomacia portuguesa). Seguir-se-ão ainda umas breves notas finais que entendemos poder retirar deste trabalho de investigação.

Política externa e direitos humanos

A inclusão do tema dos direitos humanos na agenda de política externa decorre, para a generalidade dos estados, das profundas alterações que ocorreram no sistema internacional nas últimas décadas, em particular com o fim da Guerra Fria e da confrontação Leste-Oeste. As necessidades de segurança face ao bloco militar que se contrapunha, e o evitamento de uma guerra nuclear faziam subsumir (ou menorizavam, pelo menos) outros objectivos da política externa de um estado[8]. Todavia, com o final desse período, as agendas de política externa, segurança e defesa alteram-se substancialmente, e passam a colocar o indíviduo no centro da sua acção, em vez de uma acção externa e de um cenário internacional estritamente 'estatocêntrico'[9]. Em suma, como bem colocou Petric, "[to] put foreign policy at the service of real people, and not only of abstract 'national interests'"[10]. Todavia, isto coloca novos desafios à estrutura e práticas de política externa: por um lado, a contradição entre determinados interesses e objectivos que poderá levar a um dano (mais ou menos significativo) das relações entre os dois estados: "Insisting on the respect for human rights might lead to the deterioration of economic cooperation with another country"[11] . Por outro, essa defesa dos direitos humanos na política externa mantém, todavia, um equilíbrio com os demais interesses de cada estado, podendo,

[8] Todavia, deve notar-se que o tema dos direitos humanos foi, ainda assim, utilizado por ambos os blocos durante a Guerra Fria como uma espécie de 'arma de arremesso': "Mais, os DH [direitos humanos] foram usados como instrumento dessa luta sem quartel entre os dois blocos. O Ocidente, e em particular os EUA, protegeram regimes amigos, que no entanto eram ditaduras violadoras dos DH (Paraguai, Chile, Nicarágua, Zaire, República da Coreia, Filipinas, Indonésia, Irão, etc…) e, por outro lado, invocaram a violação dos DH como fundamento ou pretexto para o combate ao bloco socialista. Em resposta às críticas a esta política ocidental de contemporização e mesmo apoio a regimes violadores dos DH chegou a defender-se que os regimes autoritários (os amigos do ocidente) eram menos violadores dos DH do que os totalitários (os regimes socialistas) – o que nunca se provou – e que aqueles eram mais benignos pois, em comparação com os totalitários, tinham um potencial superior de evolução para a democracia. A ser assim, foi argumentado, a estratégia adoptada pelo Ocidente deveria ser a inversa: em vez de apoiar os regimes ditos "autoritários", prolongando-lhes a vida, dever-se-ia manter uma política de crítica activa, acelerando assim a sua evolução para a democracia. Os países totalitários, como causas perdidas, poderiam ser deixados à sua evolução natural". GOMES, José. "A política externa e os direitos humanos". *Revista Negócios Estrangeiros,* nº 2, Setembro de 2001. Lisboa: MNE, p. 115

[9] PATRÍCIO, Raquel. "Política Externa", in MENDES, Nuno Canas e COUTINHO, Francisco Pereira (orgs.), *Enciclopédia das Relações Internacionais*. Lisboa: Dom Quixote, 2014; NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005; FREIRE, Maria Raquel; VINHA, Luís da. "Política externa: modelos, actores e dinâmicas", in Maria Raquel FREIRE (org.), *Política Externa: As Relações Internacionais em Mudança*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 13-54;

[10] PETRIC, Ernest. *Foreign Policy: From Conception to Diplomatic Practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 45

[11] PETRIC, Ernest. *Foreign Policy: From Conception to Diplomatic Practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 93

em larga medida, tal posição ser atacada pela sua falta de imparcialidade e de definição de critérios objectivos para a actuação do estado. Refere-se Gomes sobre este tema:

> "A afirmação dos DH [direitos humanos] como um objectivo da política externa não quer dizer que ele seja o único objectivo a prosseguir ou que a sua proeminência tenha sido estabelecida. Todos os Estados continuam a ter de balancear os variados interesses que a política externa prossegue. A diferença é que, para as diplomacias ocidentais, os DH competem hoje, pelo menos em pé de igualdade, com os outros interesses. Os resultados dessa competição variam em função de cada país, do assunto ou do momento. As acusações de falta de objectividade, parcialidade, dois pesos e duas medidas continuam a dominar a agenda internacional dos DH."[12]

Em larga medida, e de uma forma resumida, o dilema mais significativo que se prende a este tema remete para a eventual intervenção, através da política externa de um estado, na política interna de um outro, e na resolução de conflitos entre terceiros, bem como a relação entre valores e interesses, e o peso atribuído aos direitos humanos nessa dicotomia.

O Realismo, a teoria que mais enforma a visão das relações internacionais tanto entre académicos como entre decisores, entende que os direitos humanos não são um objectivo da política externa de um estado. O estado tem (ou deve ter) sempre como princípio norteador na sua acção externa a defesa do interesse nacional, o que se manifesta na tentativa constante de aumentar os seus atributos de poder, garantir a segurança e a independência do estado, bem como o bem-estar dos seus membros. Estes propósitos devem ter sempre precedência sobre quaisquer "considerações de natureza moral"[13], sendo que a eventual promoção dos direitos humanos em países terceiros, só deve verificar-se quando contribua para a defesa do interesse nacional ou quando, pelo menos, seja combatível com ele. Essas considerações de tipo moral podem fazer parte do dia-a-dia das relações entre os indivíduos, mas não devem fazer parte das relações entre estados, que são racionais, apolíticas, de busca permanente pelo poder, e de consenso nacional (em cada um dos estados)[14].

Esta perspectiva sobre as relações internacionais e a política externa, e a sua relação com a procura de uma orientação externa activa sobre a questão dos direitos humanos, é reforçada por dois argumentos: a perspectiva legalista (ou estatal) e a perspectiva pluralista (ou relativista). A primeira foca-se nos princípios da soberania e

---

[12] GOMES, José. "A política externa e os direitos humanos". *Revista Negócios Estrangeiros,* nº 2, Setembro de 2001. Lisboa: MNE, p. 117

[13] GOMES, José. "A política externa e os direitos humanos". *Revista Negócios Estrangeiros,* nº 2, Setembro de 2001. Lisboa: MNE, p. 111

[14] PATRÍCIO, Raquel. "Política Externa", in MENDES, Nuno Canas e COUTINHO, Francisco Pereira (orgs.), *Enciclopédia das Relações Internacionais*. Lisboa: Dom Quixote, 2014; NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005; FREIRE, Maria Raquel; VINHA, Luís da. "Política externa: modelos, actores e dinâmicas", in Maria Raquel FREIRE (org.), *Política Externa: As Relações Internacionais em Mudança*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 13-54; MENDES, Pedro Emanuel. *Portugal e a Europa. Factores de afastamento e aproximação da política externa portuguesa (1970-1978).* Porto: CEPESE (Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade), 2012; CRAVO, Teresa, "Consolidating Partnerships: History and Geopolitics in Portugal's Twenty-first Century Foreign Policy", in Sebastián ROYO (org.), *Portugal in the 21st Century: Politics, Society and Economics*. Lanham, MD: Lexington Books, 2012.

da não-intervenção, e entende que as violações dos direitos humanos são assuntos do foro interno dos estados, que, portanto, não devem merecer preocupações por parte de outros estados. Já partindo da segunda perspectiva, cada sociedade deveria poder escolher a sua forma de governo, de uma forma colectiva e livre de qualquer 'interferência' externa – em suma, um direito à participação e decisão política. Esta abordagem atribui ainda um apreço positivo à diversidade cultural e ao respeito por valores de outras pessoas e culturas. Todavia, ambas podem ser criticadas. De uma forma muito sucinta diríamos que, quanto à primeira, o Direito Internacional tem vindo a legitimar um conjunto de legislação sobre os direitos humanos; e, quanto à segunda, os estados prometem fazer cumprir a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e assinam vários convénios sobre direitos humanos. Em suma, reconhece-se que cada um destes argumentos sai enfraquecido tanto pelo carácter voluntário e livre da adesão a tratados e acordos internacionais, bem como a adesão de países não-ocidentais ou de regimes políticos não-democráticos a cada um destes preceitos, embora com algumas reservas[15].

Devemos fazer notar algumas características da expansão da questão dos direitos humanos na agenda de política externa dos estados. Em primeiro lugar, o papel significativo das democracias na promoção dos direitos humanos e na expansão das democracias, embora largamente facilitado pela existência de um regime internacional para os direitos humanos[16]. A esse respeito, Donnelly defende que

> "The rise of human rights on the foreign policy agendas of democratic states has both internal and international dimensions. Democracies tend to identify themselves internally with the pursuit of human rights. Carrying this pursuit over into their foreign policies thus seems "natural." It also gives expression to a sort of universal solidarity based on a common humanity (without challenging the system of national implementation of international human rights)."[17]

Em segundo lugar, devemos focar especificamente o regime internacional/global para os direitos humanos que mencionámos acima: composto, ao nível global, pelo Conselho para os Direitos Humanos da ONU, outros tratados e acordos internacionais, Alto Comissariado para os Direitos Humanos; regimes regionais, como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; e regimes específicos, com competências limitadas e restritos a apenas uma ou um conjunto reduzido de temáticas sob sua alçada[18]. Em terceiro lugar, a persecução de objectivos de política externa relacionados com os direitos humanos poderá estar associada a uma certa percepção da identidade nacional e do papel de determinado país no mundo. Isto seria particularmente evidente no caso dos EUA, como resumido por Schlesinger:

---

[15] DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd edition. New York: Cornell University Press, 2013; GOMES, José. "A política externa e os direitos humanos". *Revista Negócios Estrangeiros,* nº 2, Setembro de 2001. Lisboa: MNE

[16] NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005; FERNANDES, José Pedro Teixeira. *Teorias das Relações Internacionais. Da Abordagem Clássica ao Debate Pós-Positivista.* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009

[17] DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd edition. New York: Cornell University Press, 2013 p. 198

[18] DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd edition. New York: Cornell University Press, 2013; FORSYTHE, David P.. *Human Rights in International Relations*, 2nd ed.. New York: Cambridge University Press, 2006

> "The United States was founded on the proclamation of 'unalienable' rights, and human rights ever since have had a peculiar resonance in the American tradition. Nor was the application of this idea to foreign policy an innovation of the Carter Administration. Americans have agreed since 1776 that the United States must be a beacon of human rights to an unregenerate world. The question has always been how America is to execute this mission".[19]

As estratégias associadas a esta percepção da identidade nacional e do papel internacional de um determinado estado como um ícone, um exemplo entre os demais, poderiam ser a neutralidade e o isolacionismo ou, em alternativa, o envolvimento internacional activo. Todavia, estas estratégias podem ser alteradas no tempo: mudanças dos regimes políticos ou o fim dos impérios ultramarinos podem conduzir a rupturas na forma como os direitos humanos são inseridos numa estratégia internacional.

Relativamente aos meios e mecanismos utilizados para os direitos humanos na política externa, estes não são muito distintos dos meios e mecanismos mais gerais para a política externa e diplomacia de um estado. De uma forma resumida, podemos descrever os seguintes meios à disposição do estado[20]:

> "confidential representations, joint representations with other governments, public statements, support for calls for international investigation, initiation of calls for investigation, cancellation or postponement of ministerial visits, restrictions on cultural and sporting contacts, embargoes on arms sales, reductions in aid, withdrawal of ambassadors, cessation of aid, breaking diplomatic relations, and trade sanctions."

Mais uma vez, e simplificando, os dois grandes grupos em que os meios acima apresentados são representados referem-se à diplomacia (persuasão) ou às sanções (coerção). A primeira tende a focar-se no tratamento dado a certos indivíduos (em particular, dissidentes e prisioneiros políticos), em determinadas políticas em concreto, e no tipo de regime vigente em determinado país (se aí existirem violações evidentes e sistemáticas dos direitos humanos, ou suspeitas das mesmas). Um dos maiores problemas nesta abordagem remete para a natureza pública ou privada da negociação privada, e qual destas é mais vantajosa numa em certa situação concreta, ou seja, se se pretende facilitar o curso das negociações entre os actores envolvidos ou, em alternativa, se se opta por mobilizar (eventuais) pressões da opinião pública. A segunda remete para elementos como a ajuda externa, a representação diplomática (e relações diplomáticas), relações culturais, relações comerciais ou acções político-militares, sendo que tanto a seriedade dos meios empregues e das decisões como alguns problemas na sua execução e impactos têm levado a uma redução do emprego destes meios mais violentos, nas últimas décadas. Em particular, um dos elementos mais discutidos refere-se aos efeitos perversos das sanções, que tendem a afectar seriamente populações cujo tratamento pelos seus próprios governos não é satisfatório, enquanto não atingindo de forma significativa e, em regra geral, as elites políticas do país em causa[21].

---

[19] DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd edition. New York: Cornell University Press, 2013, p. 199

[20] DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd edition. New York: Cornell University Press, 2013, p. 201

[21] DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd edition. New York: Cornell University Press, 2013; FORSYTHE, David P.. *Human Rights in International Relations*, 2nd ed.. New

Em suma, as opções de um estado em política externa relativamente a assuntos sobre política externa formam um contínuo desde a total desresponsabilização e desinteresse sobre questões internas de outro estado, tida comummente como a não-intervenção em assuntos internos de um estado soberano, até ao outro extremo desse contínuo onde estará a constante consideração dos valores democráticos e dos direitos humanos nas decisões e objectivos de política externa. Obviamente, trata-se de uma simplificação e que minimiza as várias 'áreas cinzentas' e intermédias entre uma opção e outra, mais ainda assim ajuda-nos a identificar os dois grandes pólos à volta dos quais gravitam as opções relacionadas com os direitos humanos em política externa.

Política externa portuguesa e os direitos humanos

Do ponto de vista estritamente teórico ou académico, a delineação de uma proposta para a política externa portuguesa voltada de forma mais concreta e explícita para a questão dos direitos humanos, surge apenas por Teixeira[22], e portanto já num período muitíssimo recente. Não que não tivesse, até então, sido aflorada, em particular através de certos discursos políticos[23], mas uma perspectiva mais académica e coerente não havia sido plenamente desenvolvida até então. De uma forma geral, refere-se ao colocar no centro dessa orientação externa a questão dos valores, da promoção da democracia e do estado de direito:

> "Finalmente, um elemento novo, quinta característica do modelo democrático de inserção internacional: uma política externa de valores. Teve a sua origem, ainda no Estado Novo, no debate entre africanistas e europeístas. Para os africanistas, a manutenção do império implicava a continuação da guerra e a guerra implicava a continuação do regime autoritário. Para os europeístas, a integração europeia implicava a descolonização e a descolonização implicava a democratização. Significa isto que os valores da democracia e do Estado de direito estão na própria matriz genética da política externa do regime democrático. E nas suas opções estratégicas essenciais, a democracia acabará por concretizá-los. Na UE como na Aliança Atlântica, todos os parceiros e aliados de Portugal são democracias. E a presença das forças armadas Portuguesas nas missões de paz, sob a égide das nações unidas, confirma essa diplomacia de valores que teve na independência de Timor um dos seus maiores sucessos. A política externa parte, sempre, da formulação dos interesses. Mas no modelo democrático, não

York: Cambridge University Press, 2006; GOMES, José. "A política externa e os direitos humanos". *Revista Negócios Estrangeiros,* nº 2, Setembro de 2001. Lisboa: MNE

[22] TEIXEIRA, Nuno Severiano. "Breve ensaio sobre a política externa portuguesa." *Relações Internacionais* [online] n. 28, 2010

[23] Devemos fazer referência aqui a um discurso de Magalhães Godinho, Ministro da Educação e da Ciência em 1974, perante a UNESCO, sendo particularmente interessante a ligação entre política interna e externa e a busca de uma demarcação face ao regime político anteriormente vigente em Portugal: "It is not just a question of a major contribution to world peace, it is also - need I say, above all? - a question of a new attitude towards man and towards men; we intend to respect personal and cultural individuality, to give every person the chance to build his life in accordance with his own plan and every society the opportunity to follow its own freely-chosen paths to development. The end of the colonialist policy, which was in any case unpopular with most of the Portuguese people, means recognition of the overriding value of human rights for men as individuals and as living societies and cultures; it has also, in Portugal itself, sounded the death knell of political, economic and cultural oppression". FERREIRA, Eduardo de Sousa. *Portuguese colonialism in Africa: the end of an era. The effects of Portuguese colonialism on education, science, culture and information*. Paris: UNESCO, 1974, p. 7

> só não ignora como assume o seu quadro de valores. Valores que para Portugal são os da democracia, do estado de direito e da segurança humana."[24]

Mais especificamente, e no que toca à implementação dessa orientação e à sua relevância para a questão dos direitos humanos, refere:

> "E na escolha dos seus parceiros privilegiados, sobretudo na diplomacia económica, onde mais pesam os interesses, não pode nem deve ignorar os valores. Os resultados económicos, que são importantes, não justificam por si só relações privilegiadas com regimes que não partilham os valores da democracia mas não justificam, sobretudo, o silêncio sobre questões de direitos humanos que esses regimes, eventualmente, não respeitem. Sobretudo, quando nesses regimes os resultados económicos são uma dúvida e o desrespeito pelo Estado de direito é uma certeza. O equilíbrio entre os interesses e os valores constitui, pois, um último desafio para a política externa portuguesa".[25]

Esta perspectiva, de forma abstracta, colocaria-se do lado oposto a certas aproximações, nomeadamente para fins de cooperação económica e empresarial, com regimes não firmemente alicerçados nos valores da democracia, do estado de direito e da segurança humana, o que, por consequência, diminuiria a legitimidade e autoridade moral do Estado e da política externa portuguesa[26].

Na prática, questões relacionadas com a promoção dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito já faziam parte das cogitações da política externa portuguesa bastante antes da proposta que expusemos acima. Os acordos de paz em Angola (Bicesse) e Moçambique, nos quais Portugal se empenhou firmemente, e de forma mais ou menos explícita, demonstraram o interesse do país no futuro das suas ex-colónias[27]. O mesmo ocorreu com a questão de Timor-Leste (tema que exploraremos mais adiante), na qual Portugal se foi progressivamente tornando uma espécie de representante internacional dos ensejos do povo timorense. Em resumo, e para qualquer um destes dois casos:

> "Public opinion has proved very sensitive to the fate of PALOPs. As had happened with other European Metropolises, the imperial impetus for engaging with Africa was transformed into a discourse of responsibility and duty to help stabilize and develop the new sovereign elites – a sentiment shared by both the general population and the elite, thus constituting an effective ideological foundation for mobilizing the necessary resources when the time came to delineate a coherent policy"[28].

A política de cooperação e desenvolvimento, focada também ela essencialmente nos PALOP, remete igualmente para a mesma dimensão, estando intrinsecamente

---

[24] TEIXEIRA, Nuno Severiano. "Breve ensaio sobre a política externa portuguesa." *Relações Internacionais* [online] n. 28, 2010, pp. 55-6

[25] TEIXEIRA, Nuno Severiano. "Breve ensaio sobre a política externa portuguesa." *Relações Internacionais* [online] n. 28, 2010, p. 60

[26] TEIXEIRA, Nuno Severiano. "Breve ensaio sobre a política externa portuguesa." *Relações Internacionais* [online] n. 28, 2010; PALMA, Fernando. *O quinto elemento da política externa portuguesa e o conceito de soft power*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Universidade Nova de Lisboa, 2013.

[27] CRAVO, Teresa, "Consolidating Partnerships: History and Geopolitics in Portugal's Twenty-first Century Foreign Policy", in Sebastián ROYO (org.), *Portugal in the 21st Century: Politics, Society and Economics*. Lanham, MD: Lexington Books, 2012; PAVIA, José Francisco. "O modo português de fazer a paz: o caso de Moçambique". *Lusíada: Política Internacional e Segurança*, 2008. Disponível em: http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lpis/article/view/183/175 (consultado a 2016-06-10)

[28] CRAVO, Teresa, "Consolidating Partnerships: History and Geopolitics in Portugal's Twenty-first Century Foreign Policy", in Sebastián ROYO (org.), *Portugal in the 21st Century: Politics, Society and Economics*. Lanham, MD: Lexington Books, 2012, p. 234

impregnada dos objectivos de promoção da solidariedade, dos direitos humanos e da democracia. Apesar de este ser um eixo relativamente secundário na estrutura da política externa portuguesa, é dos que mais fielmente retrata o apoio de Portugal a países terceiros na promoção dos direitos humanos, sendo também particularmente interessante pelo envolvimento significativo da sociedade civil na implementação dos projectos em causa. Não menos importante, deve ainda mencionar-se a participação de Portugal num conjunto de organizações internacionais e relações de cariz multilateral através das mesmas, e o papel destas na promoção dos direitos humanos – veja-se, por exemplo, o caso da UE[29], ou de outros regimes específicos, ou ao nível regional ou global, como mencionámos acima[30]. Para finalizar, devemos fazer notar que não é visível, pelo menos ao nível da produção científica sobre o tema, críticas substanciais a estes elementos na política externa portuguesa, apesar das críticas mais genéricas que as Relações Internacionais fazem sobre essa questão. Um exemplo da perspectiva generalizada entre os analistas de política externa portuguesa é-nos transmitido por Pereira[31]:

> "Não se encontra aqui nada que colida com os nossos interesses nacionais, nem que nos coíba de os defender. Poderá, antes, considerar-se que existe um apoio declarado a políticas que visem a predominância do multilateralismo, a defesa dos direitos humanos e dos princípios democráticos e o apoio à cooperação para o desenvolvimento, o que reforça a capacidade nacional para actuar em tais domínios, reconhecidamente importantes para nós."

Ou seja, de uma forma geral tem-se recusado que a promoção dos direitos humanos no exterior colida com os 'interesses nacionais' de Portugal, sendo que essa estratégia fortaleceria até o posicionamento internacional do país.

Estudos de caso

Daqui por diante, trataremos três momentos e temas concretos em que a questão dos direitos humanos foi particularmente relevante: a questão de Timor-Leste (anos 90), Angola e a detenção e prisão de Luaty Beirão e mais 16 activistas angolanos (2015-16), e a adesão à CPLP da Guiné Equatorial (2014). São casos com um enquadramento temporal muito distinto, com implicações, actores e circunstâncias também muito diferentes entre si, mas que, de qualquer das formas, nos pareceram eventos significativos onde a dicotomia 'não-intervenção em assuntos internos de um estado soberano' versus 'constante consideração dos valores democráticos e dos

[29] MATOS, André Pereira. *A constructivist perspective on EU's democracy promotion in Turkey*. Tese de Doutoramento em Relações Internacionais. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Universidade Nova de Lisboa, 2014

[30] Deve ainda mencionar-se tanto a adesão ao Conselho da Europa, em 1976, como a presença no Conselho de Segurança como membro não-permanente, mas, sobretudo, a eleição para o Conselho de Direitos Humanos da ONU, para o triénio 2015-17. Note-se também que Portugal também já havia sido membro da Comissão de Direitos Humanos, que antecedeu o novo Conselho, por três vezes (1979-81; 1988-93; 2000-02). Ver RAMOS, Flávio. *A Diplomacia Portuguesa no processo de autodeterminação timorense (evoluções entre 1974-1999)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais, com especialização em Estudos Políticos de Área. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2010; GORJÃO, Paulo. "Conselho de Direitos Humanos: um eixo central da política externa portuguesa". *IPRIS Comentário*, Outubro de 2014. Disponível em: www.ipris.org/php/download.php?fid=803 (consultado a 2016-06-10)

[31] PEREIRA, Manuel. "Política Externa Portuguesa e Política Externa e de Segurança Comum da União Europeia", *Revista Negócios Estrangeiros*, N.º 9.1, Março 2006, pp. 134-145.

direitos humanos' se fez sentir de forma particular. Não procuraremos proceder a uma análise jurídica das decisões internas de cada um dos estados envolvidos, nem poderemos aqui analisar, com o detalhe merecido, cada um destes assuntos de forma extensa. O que tentaremos fazer é identificar as grandes diferenças entre os vários casos, em particular no que toca à actuação de Portugal em cada um dos momentos, e procurar esclarecer algumas características que nos parecem importantes para essa destrinça: a posição oficial de Portugal sobre o assunto; o grau de participação da opinião pública portuguesa sobre o tema (mais ou menos mobilizada); o risco que o envolvimento de Portugal nesse tema poderá ter para as suas relações bilaterais (com o(s) estado(s) em causa) ou para a sua reputação internacional, de uma forma geral; e ainda, quais foram os resultados obtidos, com maior ou menor preponderância do papel de Portugal.

No caso da questão de Timor-Leste, a posição oficial de Portugal seria que, na cena internacional, este actuaria como uma espécie de principal 'porta-voz' dos eventuais interesses dos timorenses e dos seus desejos de independência. Este tema, em particular nos anos 90, suscitou grande interesse e uma elevada mobilização da opinião pública portuguesa, com diversos grupos de interesse apelando a um maior empenho das diplomacias portuguesa e estrangeiras, bem como a uma sociedade civil mais 'global' que apoiasse os objectivos do povo timorense. Em nosso entender, este era um tema com muito baixo risco para a agenda de política externa portuguesa, durante aquele período: em primeiro lugar, porque as relações bilaterais com os países vizinhos e mais engajados no contexto local (Indonésia, Austrália, entre outros) eram fracas e pouco relevantes; em segundo lugar, porque uma eventual 'derrota' diplomática neste campo não implicaria seriamente o posicionamento externo do país, sendo uma questão eminentemente secundária e pouco relevante quer para a estrutura da política externa portuguesa, quer a nível regional; não deixaria de danificar, até certo ponto, a credibilidade internacional do país, mas entendemos que, por esses motivos, o dano produzido seria fraco[32]. Aliás, note-se que era justamente isso que tinha acontecido anos antes: durante os anos 70 e 80, e consumada a ocupação indonésia do território, o tema desapareceu tanto para a opinião pública internacional como para a própria política externa portuguesa[33]. Ainda assim, a

[32] Ainda assim, a posição que Portugal procurou seguir na sua actuação diplomática é bastante interessante, procurando salientar o carácter não-bilateral da questão e apresentar-se como uma espécie de 'mediador' entre as partes: "No interesse da defesa do caso de Timor foi entendido que convinha reforçar o carácter internacional do conflito que opunha a Indonésia não apenas a Portugal mas, antes de mais, à Comunidade Internacional, dado o facto de Timor ser um território não-autónomo como tal reconhecido pela AG da ONU. A Portugal convinha evitar, na medida do possível, a bilateralização do conflito. As críticas de Portugal ao que se passava no território indonésio poderiam ter esse resultado e, em qualquer caso, poderíamos ser acusados de falta de imparcialidade, dado o nosso "interesse" na questão de Timor". GOMES, José. "A política externa e os direitos humanos". *Revista Negócios Estrangeiros,* nº 2, Setembro de 2001. Lisboa: MNE, p. 144

[33] Leitão esclarece-nos sobre esse processo de desaparecimento da questão de Timor-Leste tanto das agendas de política externa portuguesa, como do interesse da opinião pública a nível global: "Progressivamente, Timor-Leste foi caindo no esquecimento da opinião pública da comunidade internacional. O primeiro grande golpe nas aspirações timorenses, quanto à possibilidade da sua autodeterminação, acontece com o reconhecimento, pela Austrália, do estatuto do território como província da Indonésia. Portugal foi perdendo capacidade de influência e ação de mobilização e

recuperação do tema nos anos 90 e o desenrolar dos acontecimentos levaram a que os resultados obtidos subscrevessem os objectivos tanto de Portugal[34] como da generalidade do povo timorense: a auto-determinação e a independência[35].

Relativamente a Angola e à detenção e prisão de Luaty Beirão e de mais 16 activistas angolanos, a posição oficial do estado português foi bem distinta: assentou na não-intervenção/ingerência em assuntos internos de um estado soberano[36], bem como no respeito pelas decisões judiciais de outro país e pela separação de poderes (judicial, executivo, legislativo)[37]. Aliás, até ao nível legislativo português é

---

sensibilização relativamente à questão timorense. A defesa do direito de autodeterminação do povo timorense foi sobretudo divulgada e exposta nos fora internacionais pelos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP) e pela resistência timorense que se encontrava no estrangeiro. Portugal, até meados dos anos 1980, parecia ter considerado irreversível a situação de Timor-Leste e, tendo em conta o clima de Guerra Fria, e a tradicional aliança portuguesa com o bloco ocidental, descurou o caso. O pouco poder negocial português, a fraca adesão e projeção do problema no seio da comunidade internacional e a relativa posição de força da Indonésia abrandaram consideravelmente a força da questão timorense. Apenas em meados dos anos 1980, com a continuação da resistência no território, uma maior notoriedade a nível internacional e o progressivo enfraquecimento do regime interno indonésio, Portugal voltou a colocar a questão de Timor-Leste na sua agenda". LEITÃO, António. "As relações entre Portugal e Timor-Leste: da descolonização aos desafios do pós- intervencionalismo", in Maria Raquel FREIRE (org.), *Consolidação da paz e a sua sustentabilidade: as missões da ONU em Timor-Leste e a contribuição de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 76-77. Ver GORJÃO, Paulo. "O fim de um ciclo: as políticas externas da Austrália e de Portugal em relação a Timor Leste". *Análise Social*, vol. xxxvn (164), 2002, 911-936; RAMOS, Flávio. *A Diplomacia Portuguesa no processo de autodeterminação timorense (evoluções entre 1974- 1999)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais, com especialização em Estudos Políticos de Área. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2010

[34] Embora esteja sujeito a discussão o papel efectivo que a diplomacia portuguesa teve no desenrolar da questão de Timor, esta será apresentada como uma das principais vitórias da política externa portuguesa no período diplomático. Ver RAMOS, Flávio. *A Diplomacia Portuguesa no processo de autodeterminação timorense (evoluções entre 1974-1999)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais, com especialização em Estudos Políticos de Área. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2010; LEITÃO, António. "As relações entre Portugal e Timor-Leste: da descolonização aos desafios do pós-intervencionalismo", in Maria Raquel FREIRE (org.), *Consolidação da paz e a sua sustentabilidade: as missões da ONU em Timor-Leste e a contribuição de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015

[35] Deve ainda notar-se que "a frente DH no tratamento da questão de Timor não foi aberta por Portugal. Foram as ONGs e a Subcomissão dos DH da CDH que a colocaram na Subcomissão, pela primeira vez, em 1982. A Subcomissão, por sua vez, colocou-a na CDH, que adopta a primeira resolução pública sobre a questão em 1983. Uma vez aberta essa frente de batalha Portugal vai utilizá-la, e bem, para denunciar as violações dos DH, no território. Tal frente de luta tinha-se tornado importante não apenas porque as violações eram evidentes – mas eram-no desde 1975 –, mas também porque o processo político de negociação estava num impasse". Isto denota, por um lado, a dependência de Portugal de outros actores internacionais para iniciar um assunto na cena internacional, mas também a captura, por parte da política externa portuguesa, de um tema que havia sido avançado por outros (neste caso, a ONU) para cumprir tanto um papel diplomático relevante como para defender os direitos humanos num território com ligações político-diplomáticas a Portugal. GOMES, José. "A política externa e os direitos humanos". *Revista Negócios Estrangeiros,* nº 2, Setembro de 2001. Lisboa: MNE, p. 144

[36] Rui Machete, à data Ministro dos Negócios Estrangeiros de Portugal: "Nós estamos a acompanhar a situação do ponto de vista humanitário, visto tratar-se de uma matéria interna de Angola no que diz respeito ao problema da averiguação se existe ou não existe uma infração de carácter penal, e nisso não nos imiscuímos. Apenas gostávamos de ter uma informação como todos os outros estados e isso tem sido feito no âmbito da União Europeia." http://observador.pt/2015/10/13/estara-diplomacia-portuguesa-tudo-pode-no-caso-luaty-beirao/ (consultado a 2016-06-10)

[37] A condenação dos acusados, já em Março de 2016, levou a que o Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal (já sob o XXI Governo Constitucional) emitisse uma nota, subscrita pelo

interessante notar, por um lado, as tentativas de condenação da prisão foram chumbadas tanto pelos partidos de direita (PSD, CDS-PP), como pelo PCP, ideologicamente mais próximo do partido no poder em Angola[38]. Este tema acarretou alguma mobilização da opinião pública, em particular pela organização de manifestações ou petições, embora sem a moldura humana que se envolveu na questão de Timor. Essas manifestações foram organizadas por um conjunto mais restrito de organizações (como a Amnistia Internacional), e contaram igualmente com uma participação relativamente limitada. O tema parece, aliás, ter desaparecido da agenda pública e mediática. Este assunto acarretava um elevado para as relações bilaterais Portugal-Angola, gerando fortes divergências entre as diplomacias de ambos os países e podendo contribuir para um potencial enfraquecimento das relações externas entre os dois países, que vinham melhorando nas últimas décadas. Quanto aos resultados, não existem conclusões evidentes sobre a eventual pressão diplomática que Portugal poderá ter exercido. O único elemento mais claro poderá ter que ver com a inexistência de uma instabilidade significativa nas relações entre os dois países, decorrente da recusa portuguesa em recorrer de forma significativa a formas de diplomacia pública, e contendo, portanto, um eventual diferendo[39].

Por fim, quanto à questão da CPLP e da adesão da Guiné Equatorial à mesma, a posição portuguesa foi, pelo menos inicialmente, pouco clara[40]. Ainda assim, a orientação de Portugal irá suavizar-se, e ao longo da discussão do processo de adesão assumirá a seguinte perspectiva: "Adesão à CPLP pode aproximar Guiné Equatorial a um Estado de direito"[41]. Ou seja, parece apontar para um processo de aproximação desse estado a um conjunto de regras, normas e práticas mais tendentes

---

presidente da República Portuguesa, afirmando: "Tomamos boa nota da comunicação, pela defesa, da intenção de interpor recurso judicial em face da gravidade e dimensão das penas hoje decididas pelo tribunal de primeira instância; e confiamos que a tramitação do processo, nos termos previstos na legislação angolana, obedeça aos princípios fundadores do Estado de Direito, incluindo o direito de oposição por meios pacíficos às autoridades constituídas". De qualquer das formas, e no essencial, a posição continua a evitar transformar a questão num assunto de diplomacia pública. https://www.publico.pt/politica/noticia/marcelo-subscreve-posicao-do-governo-sobre-condenacao-de-angolanos-1727440 (consultado a 2016-06-10)

[38] http://expresso.sapo.pt/politica/2016-03-31-PCP-PSD-e-CDS-chumbam-voto-de-condenacao-a-Angola-pela-prisao-de-17-ativistas (consultado a 2016-06-10)

[39] Sobre o eventual desrespeito pelas garantias de defesa dos acusados e a falta de condições das cadeias onde se encontram, ver respectivamente: https://www.publico.pt/mundo/noticia/angola-o-caso-152-1728860?page=-1 (consultado a 2016-06-10); https://www.publico.pt/mundo/noticia/activistas-angolanos-eles-querem-matalos-aos-poucos-sem-deixar-provas-1728603 (consultado a 2016-06-10).

[40] Numa primeira fase, pareceria que Portugal se manteria contra a adesão à CPLP, mantendo-se uma posição "claramente negativa" se não fosse aprovada uma moratória à aplicação da pena de morte no país. Todavia, os artigos saídos na imprensa por esta altura parecer sugerir que o ministro havia dito que votaria contra, quer essa moratória sobre a pena de morte viesse a existir ou não, o que não corresponde às palavras do ministro. Ver http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?id_news=684765 e https://www.publico.pt/politica/noticia/machete-sugere-que-portugal-votara-contra-adesao-da-guine-equatorial-a-cplp-1623342 (consultados a 2016-06-10)

[41] Isto ocorre já depois de Portugal manifestar dúvidas sobre a adesão da Guiné Equatorial relativamente ao tema da pena de morte, e de a Guiné Equatorial já ter garantido a aprovação dessa moratória. Aliás, a afirmação de Machete ocorre no exacto dia em que o Governo da Guiné Equatorial confirma a assinatura de um decreto (três semanas antes) para suspender a aplicação da pena de morte. Ver respectivamente: http://portocanal.sapo.pt/noticia/32724/ e http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?id_news=688754 (consultado a 2016-06-10).

à democracia, aos direitos humanos e ao estado de direito, num processo que poderia ser semelhante às dinâmicas da 'europeização'[42], ou outras semelhantes decorrentes da adesão a determinado acordo ou organização internacional. Quanto a este assunto, houve uma escassa mobilização da opinião pública: sem manifestações ou organizações não-governamentais que se tenham empenhado em organizar a população portuguesa, a 'crítica' ao processo ficou restrita ao debate político-partidário e a alguns artigos de opinião nos jornais nacionais. Por outro lado, o risco envolvido pode considerar-se de grau baixo a moderado: baixo, no que concerne às (fracas, até então) relações entre Portugal e a Guiné Equatorial, mas um pouco mais elevado no que concerne a uma substancial alteração dos propósitos da CPLP ('petrofonia'[43]), ou à assumpção de uma posição sem outros aliados, no âmbito da CPLP, como o único estado reticente à adesão da Guiné Equatorial. Os resultados obtidos são, por um lado, a adopção de uma moratória relativamente à pena de morte, condição para aderir à CPLP enquanto membro de pleno direito, e, por outro, que a CPLP (e relações bilaterais com os seus estados-membros) servisse como instrumento de controlo quanto à evolução nos direitos humanos, da democracia e do estado de direito[44].

Notas finais

> "O papel que Portugal pode desempenhar como 'facilitador' nos processos de mediação em alguns conflitos - sejam eles internos ou internacionais - deve-se precisamente ao facto de reunir um conjunto de características que podemos definir em termos de soft power, como: a) ter um conhecimento prévio dos actores e dos interesses em presença (a língua comum joga aqui um papel fundamental); b) ter a capacidade de construir redes transnacionais que liguem as várias influências nos conflitos; c) ter uma diplomacia diligente; d) não ser um país poderoso em sentido esmagador, não se tornando, portanto, uma ameaça ou uma parte interessada. Estas características são justamente apontadas por vários 'especialistas' em processos de

[42] ROBINSON, Steven. *Assessing the Europeanisation of Portuguese Foreign and Security Policy*. PhD thesis. Newcastle: Newcastle University, School of Geography, Politics and Sociology, 2013. Disponível em: https://theses.ncl.ac.uk/dspace/handle/10443/1871 (consultado a 2016-03-02); RAIMUNDO, António. *The Europeanisation of national foreign policy: Portuguese foreign policy towards Angola and Mozambique, 1978-2010*. Thesis submitted to the Department of International Relations of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, 2012. London: The London School of Economics and Political Science. Disponível em: http://etheses.lse.ac.uk/471/ (consultado a 2016-03-09); MATOS, André Pereira. *A constructivist perspective on EU's democracy promotion in Turkey*. Tese de Doutoramento em Relações Internacionais. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Universidade Nova de Lisboa, 2014.

[43] http://www.abc.es/20100722/internacional/obiang-intenta-hacer-amigos-201007212057.html (consultado a 2016-06-10). Nesta notícia, a directora da Associação para la Cooperação entre os Povos (ACEP), Fátima Proença, diz que "existe el riesgo de que la llamada comunidad de la lusofonía se convierta en la petrofonía".

[44] Note-se que, apenas um ano depois da entrada da Guiné Equatorial na CPLP, Rui Machete, ainda em funções, critica o reduzido esforço da Guiné Equatorial mas também a fraca eficácia da vigilância produzida pela CPLP e pelos seus membros, no que toca à democracia, aos direitos humanos e ao estado de direito naquele estado. https://www.publico.pt/politica/noticia/vigilancia-da-guine-equatorial-pela-cplp-nao-tem-tido-a-eficacia-desejada-1703735 (consultado a 2016-06-10).

> mediação como mais-valias, que países pequenos como Portugal devem aproveitar para poderem aspirar a ser, pelo menos, 'potências' diplomáticas."[45]

Em suma, podemos dizer que Portugal apresenta um conjunto de mais-valias para poder incluir, de forma clara e inequívoca, a questão dos direitos humanos na sua agenda e estrutura de política externa. Para além dos elementos que descrevemos acima, a presença em organizações internacionais e relações multilaterais (como a UE), e o eventual consenso ao nível societal como ao nível político-partidário poderão facilitar e permitir que a política externa portuguesa continue, "punching above our weight"[46], a ser mais relevante do que as estritas relações de poder/económicas, e do papel que um 'pequeno estado' normalmente tem na cena internacional, e a ser um contribuinte líquido para a melhoria dos direitos humanos ao nível global. Todavia, o acrescento de mais uma prioridade à orientação externa de Portugal poderá significar a dispersão de recursos e uma mais difícil concretização dos objectivos da política externa[47]. Ainda assim,

> "the national interest in fact is whatever states and their citizens are interested in. If states feel that it is in their interest to expend some of their foreign policy resources and attention on the rights of foreigners, there is no compelling reason why they should not. Furthermore, the grounds for doing so need not be instrumental (for example, the idea that rights-protective regimes are more peaceful or better trading partners). An intrinsic interest in living in a more just world fully justifies including international human rights in a country's definition of its national interest. In fact, many countries have done precisely that"[48].

Por fim, devemos ainda salientar o papel da participação da sociedade civil na política externa para os direitos humanos. Quer mobilizada pelo estado, quer auto-organizada, a sociedade civil, apesar de normalmente pouco integrada e interessada em questões relacionadas com a política externa[49], pode ter um papel essencial, fomentando e orientando a tomada de decisão pelo poder político. Igualmente, a afirmação clara, promovendo a transparência e a credibilidade, da política externa do estado relativamente à promoção da democracia, dos direitos humanos e do estado de direito, poderá ser um factor essencial para um bom uso da diplomacia pública e,

---

[45] PAVIA, José Francisco. "O modo português de fazer a paz: o caso de Moçambique". *Lusíada: Política Internacional e Segurança,* 2008, p. 38. Disponível em: http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lpis/article/view/183/175 (consultado a 2016-06-10)

[46] GORJÃO, Paulo. "Conselho de Direitos Humanos: um eixo central da política externa portuguesa". *IPRIS Comentário*, Outubro de 2014, p. 2. Disponível em: www.ipris.org/php/download.php?fid=803 (consultado a 2016-06-10)

[47] GREWELL, J. Bishop, "Foreign Policy goes Green", in *PERC Report*: Volume 19, No.1, Spring 2001. Disponível em: http://www.perc.org/articles/foreign-policy-goes-green (consultado a 2016-06-14)

[48] DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd edition. New York: Cornell University Press, 2013, pp. 197-8

[49] PATRÍCIO, Raquel. "Política Externa", in MENDES, Nuno Canas e COUTINHO, Francisco Pereira (orgs.), *Enciclopédia das Relações Internacionais*. Lisboa: Dom Quixote, 2014; NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005; FREIRE, Maria Raquel; VINHA, Luís da. "Política externa: modelos, actores e dinâmicas", in Maria Raquel FREIRE (org.), *Política Externa: As Relações Internacionais em Mudança*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 13-54; MENDES, Pedro Emanuel. *Portugal e a Europa. Factores de afastamento e aproximação da política externa portuguesa (1970-1978).* Porto: CEPESE (Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade), 2012

assim, reforçar o leque de opções (aquando de um diferendo internacional) disponível ao decisor em política externa[50].

Referências bibliográficas

CRAVO, Teresa, "Consolidating Partnerships: History and Geopolitics in Portugal's Twenty-first Century Foreign Policy", in Sebastián ROYO (org.), *Portugal in the 21st Century: Politics, Society and Economics*. Lanham, MD: Lexington Books, 2012

DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd edition. New York: Cornell University Press, 2013

FERNANDES, José Pedro Teixeira. *Teorias das Relações Internacionais. Da Abordagem Clássica ao Debate Pós-Positivista.* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009

FERREIRA, Eduardo de Sousa. *Portuguese colonialism in Africa: the end of an era. The effects of Portuguese colonialism on education, science, culture and information*. Paris: UNESCO, 1974

FORSYTHE, David P.. *Human Rights in International Relations*, 2nd ed.. New York: Cambridge University Press, 2006

FREIRE, Maria Raquel; VINHA, Luís da. "Política externa: modelos, actores e dinâmicas", in Maria Raquel FREIRE (org.), *Política Externa: As Relações Internacionais*

em Mudança. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 13-54.

GOMES, José. "A política externa e os direitos humanos". *Revista Negócios Estrangeiros,* nº 2, Setembro de 2001. Lisboa: MNE

GORJÃO, Paulo. "O fim de um ciclo: as políticas externas da Austrália e de Portugal em relação a Timor Leste". *Análise Social*, vol. xxxvn (164), 2002, 911-936

GORJÃO, Paulo. "Conselho de Direitos Humanos: um eixo central da política externa portuguesa". *IPRIS Comentário*, Outubro de 2014. Disponível em: www.ipris.org/php/download.php?fid=803 (consultado a 2016-06-10)

GREWELL, J. Bishop, "Foreign Policy goes Green", in *PERC Report*: Volume 19, No.1, Spring 2001. Disponível em: http://www.perc.org/articles/foreign-policy-goes-green (consultado a 2016-06-14)

LEITÃO, António. "As relações entre Portugal e Timor-Leste: da descolonização aos desafios do pós-intervencionalismo", in Maria Raquel FREIRE (org.), *Consolidação da paz e a sua sustentabilidade: as missões da ONU em Timor-Leste e a contribuição de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015

MATOS, André Pereira. *A constructivist perspective on EU's democracy promotion in Turkey*. Tese de Doutoramento em Relações Internacionais. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Universidade Nova de Lisboa, 2014

MENDES, Pedro Emanuel. *Portugal e a Europa. Factores de afastamento e aproximação da política externa portuguesa (1970-1978).* Porto: CEPESE (Centro de

[50] GOMES, José. "A política externa e os direitos humanos". *Revista Negócios Estrangeiros,* nº 2, Setembro de 2001. Lisboa: MNE

Estudos da População, Economia e Sociedade), 2012

NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005

PALMA, Fernando. *O quinto elemento da política externa portuguesa e o conceito de soft power*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Universidade Nova de Lisboa, 2013

PATRÍCIO, Raquel. "Política Externa", in MENDES, Nuno Canas e COUTINHO, Francisco Pereira (orgs.)*, Enciclopédia das Relações Internacionais*. Lisboa: Dom Quixote, 2014

PEREIRA, Manuel. "Política Externa Portuguesa e Política Externa e de Segurança Comum da União Europeia", *Revista Negócios Estrangeiros*, N.º 9.1, Março 2006, 2006, pp. 134-145.

PETRIC, Ernest. *Foreign Policy: From Conception to Diplomatic Practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013

PAVIA, José Francisco. "O modo português de fazer a paz: o caso de Moçambique". *Lusíada: Política Internacional e Segurança,* 2008. Disponível em: http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lpis/article/view/183/175 (consultado a 2016-06-10)

RAIMUNDO, António. *The Europeanisation of national foreign policy: Portuguese foreign policy towards Angola and Mozambique, 1978-2010*. Thesis submitted to the Department of International Relations of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy. London: The London School of Economics and Political Science, 2012. Disponível em: http://etheses.lse.ac.uk/471/ (consultado a 2016-03-09)

RAMOS, Flávio. *A Diplomacia Portuguesa no processo de autodeterminação timorense (evoluções entre 1974-1999)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais, com especialização em Estudos Políticos de Área. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2010

ROBINSON, Steven. *Assessing the Europeanisation of Portuguese Foreign and Security Policy*. PhD thesis. Newcastle: Newcastle University, School of Geography, Politics and Sociology, 2013. Disponível em: https://theses.ncl.ac.uk/dspace/handle/10443/1871 (consultado a 2016-03-02).

SOUSA, Pedro. *A Política Externa Portuguesa: continuidade e ruturas. Análise dos programas de Governo de 1999 ao presente*. Dissertação de Mestrado em História, Relações Internacionais e Cooperação. Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2015

TEIXEIRA, Nuno Severiano. "Breve ensaio sobre a política externa portuguesa." *Relações Internacionais* [online] n. 28, 2010, pp. 51-60.

A boa administração: um direito a, ou um dever de?

Andreia Isabel Dias Barbosa[1]

Resumo: É sem receio que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 41.º, reconhece o «Direito a uma boa administração» como um direito fundamental. Assim entendido, o «Direito à boa administração» constituirá um *super* direito, de ampla abrangência, que os particulares poderão invocar perante as atuações e decisões da Administração. O legislador português, por seu turno, consagra no artigo 5.º, do Código de Procedimento Administrativo, o «Princípio da boa administração». Assim, a «boa administração» parece surgir, neste contexto, não como um direito fundamental, mas sim como um dever, cujo cumprimento fica a cargo da Administração, e ao qual não corresponderá um concreto direito subjetivo. Do teor de ambos os preceitos é possível, no entanto, retirar-se a ideia una de que a «boa administração» constituirá o «ponto ótimo» da atuação administrativa. Não obstante, cumpre aferir se, efetivamente, os particulares têm o «Direito à boa administração» ou se apenas poderão esperar que a Administração atue à luz do «Princípio da boa administração». Afinal, existirá um direito a, ou um dever de?

Abstract: *It is without fear that the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in Article 41, recognizes the "right to good administration" as a fundamental right. Thus understood, the "right to good administration" will be a super right, of a wide coverage, citizens may invoke before the actions and management decisions. The Portuguese legislator, in turn, establishes in Article 5 of the Administrative Procedure Code, the principle of good administration. Thus, the "good administration" seems to arise in this context, not as a fundamental right, but as a duty, whose fulfillment is the responsibility of management, and which will not match a specific subjective right. The content of both principles is possible, however, to unite idea to withdraw from the "good administration" will be the "sweet spot" of administrative action. Nevertheless, it must assess whether, in fact, citizens have the "right to good*

[1] *Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas no Escola de Direito da Universidade do Minho. Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Escola de Direito da Universidade do Minho (17 valores). Licenciada em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho (16 valores).

administration" or only can hope that the Administration manage well in the light of the "principle of good administration. After all, there will be a right or a duty?

Palavras-chave: boa administração, eficiência, economicidade, celeridade, legalidade.
Key words: good administration, efficiency, economy, speed, legality

1. Introdução e sequência

A Administração Pública procura, em maior ou menor grau, conquistar a confiança dos particulares que serve. Por vezes, a desconfiança destes últimos em relação à atuação administrativa não se justifica e pode refletir apenas a ideia pré-concebida de que a burocracia, por definição, coloca os seus próprios interesses à frente dos do público em geral. Em algumas situações, porém, essa desconfiança é fruto de práticas concretas da Administração ou da perceção pública das mesmas, que redunda em situações de má administração, lesivas dos particulares, dos seus direitos e interesses. Ora, é com base na ideia de que as sociedades modernas exigem que a Administração administre bem, que a presente exposição versa, precisamente, em torno do conceito de «boa administração», cuja delimitação tem sido alvo de acesa discussão doutrinária.

Com a presente exposição procura-se oferecer um modesto contributo para o tema em apreço. Sem pretensões de exaustão, começaremos por dar conta de que forma é que a boa administração é tratada no domínio do direito da União Europeia e no âmbito nacional para, de seguida, esclarecer os termos em que, a nosso ver, o conceito deverá ser densificado.

2. O direito fundamental a uma boa administração na CDFUE

A densificação do conceito de «boa administração», no domínio do direito da União Europeia (UE), resulta da reunião de quatro segmentos: da jurisprudência do Tribunal de Justiça da EU (TJUE), do conceito de «boa governação», do conceito de «administração europeia aberta, eficaz e independente» e ainda do conceito de «má administração».

Com efeito, foi através da jurisprudência do TJUE que a boa administração, inicialmente concebida como uma simples obrigação da Administração, foi erigida a princípio subjacente à atuação administrativa. Desde os anos 90 do século XX que é

possível encontrar na jurisprudência do TJUE referências ao princípio da boa administração, ali assumido como instrumento de controlo da atuação das instituições[2]. Por outro lado, a boa administração constitui um elemento essencial da boa governação e implica, em suma, que a Administração respeite os direitos dos particulares e que, simultaneamente, providencie serviços públicos eficientes, recorrendo a adequados métodos de gestão[3]. Já o conceito de «administração europeia aberta, eficaz e independente», consignado no artigo 298.º, do Tratado de Funcionamento da UE (TFUE), configura-se como uma exigência necessária à cabal prossecução das atribuições cometidas às instituições, órgãos e organismos da UE. Por fim, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa (CEBCA), que explicita o «direito a uma boa administração», reúne os princípios de boa administração que devem guiar a conduta dos agentes públicos nas suas relações com as pessoas, afirmando os valores inerentes ao serviço público e salvaguardando os direitos de todos os que se relacionam com a Administração. Aliás, o CEBCA surgiu, precisamente, pela necessidade de delimitar o conceito de «má administração», enquanto pressuposto do direito fundamental de queixa ao Provedor de Justiça, por força do disposto no artigo 228.º, do TFUE, e previsto no artigo 43.º, da CDFUE, e enquanto reverso do conceito de «boa administração». Foi em 1995 que surgiu a primeira definição de «má administração», no Relatório do Provedor de Justiça Europeu, nos termos do qual «estamos perante um caso de má administração sempre que um organismo público comunitário não atua em conformidade com as regras ou princípios vinculativos». Em termos práticos, verificar-se-á má administração quando, por exemplo, existam irregularidades administrativas, injustiça, discriminação, abuso de poder, ausência de resposta, recusa de informação e atrasos desnecessários.

---

[2] Um dos mais emblemáticos acórdãos proferidos sobre a matéria em análise é o acórdão *Technishe Universität München*, de 21 de Novembro de 1991 (caso C-269/90), no qual o tribunal do Luxemburgo realçou a importância de serem observadas as garantias procedimentais, como «a obrigação para a instituição competente de examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso em apreço, o direito do interessado a dar a conhecer o seu ponto de vista, bem como o direito a uma fundamentação suficiente da decisão»
(acórdão disponível em http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d59fb156c5b82c4517a7d0f0cb874ef748.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQbNv0?text=&docid=97440&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=627521 [acesso a 19-09-2016]).

[3] De acordo com a definição constante no Livro Branco da Comissão Europeia, a governança «designa o conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder a nível europeu, essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia» - cf. Comunicação da Comissão Europeia, «Governança Europeia – Um Livro Branco, COM (2001) 428 final, Bruxelas, 25-06-2011, disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52001DC0428 [acesso a 16-09-2016].

A evolução do conceito de boa administração veio, então, culminar na sua consagração no artigo 41.º, da CDFUE, inserido no seu capítulo V, intitulado «Cidadania», e sob a epígrafe «Direito a uma boa administração». De acordo com o aludido preceito, todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e pelos órgãos da UE de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. O direito a uma boa administração decompõe-se num conjunto de vários direitos, reportando-se eles, nomeadamente, ao direito de qualquer pessoa de ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente (enquanto expressão do princípio do contraditório aplicado ao procedimento administrativo), ao direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, e à obrigação, por parte da Administração, de fundamentar as suas decisões. O aludido preceito determina ainda que todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respetivas funções. Ademais, todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da UE numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

O artigo 41.º consagra, pois, o chamado «direito fundamental a uma boa administração», do qual resulta um conjunto de direitos e de garantias de que são titulares todos aqueles que se relacionam com a Administração, evidenciando a conceção da UE como uma comunidade de direito e o reforço da cidadania europeia. Neste sentido, considera-se que a CDFUE eleva os direitos por si reconhecidos aos administrados, no plano jurídico europeu, ao estatuto de direitos fundamentais, integrados na categoria de direitos humanos administrativos[4]. Por outro lado, do artigo 41.º, da CDFUE, resulta, respetivamente, um conjunto de deveres que, em termos gerais, se encontram consagrados na ordem jurídica interna dos Estados Membros, enquanto deveres jurídicos que se impõem às respetivas Administrações e que podem ser objeto de tutela judicial. A suscetibilidade de os aludidos direitos serem tutelados judicialmente permite afastar a conceção de que os deveres de boa

[4] Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 53 e 54.

administração são deveres imperfeitos[5]. Pelo contrário, tais deveres devem ser tidos como deveres jurídicos perfeitos, cujo cumprimento pode ser exigido perante os tribunais. Nestes termos, o direito à boa administração constitui, a nosso ver, um direito complexo, induzindo um conjunto de direitos e de deveres. Assim sendo, a referência ao «direito fundamental à boa administração» deverá ser, a nosso ver, interpretada em consonância com a sua elevada amplitude, no sentido de ser tida como uma expressão do variado conjunto de direitos e de deveres que dela decorrem.

Note-se, no entanto, que de acordo com conceção adotada pelo legislador europeu, a boa administração, enquanto valor jurídico, não exige que as decisões da Administração, do ponto de vista substancial, sejam, em si mesmas, boas. Para que haja boa administração bastará que, para além das regras que lhe impõem vinculações estritas, a Administração persiga os princípios jurídicos aptos a criar as condições necessárias para que administre bem. Assim, a boa administração resulta de uma conceção jurídica, que substitui uma conceção extrajurídica, de cariz economicista, determinando que a decisão da Administração seja tomada no respeito pelos princípios jurídicos que potenciam a tomada de boas decisões[6,7].

Pois bem, à luz do artigo 51.º, da CDFUE, os direitos fundamentais da CDFUE são aplicáveis aos Estados Membros quando estes apliquem, quer de forma exclusiva, quer em cooperação com as instituições, órgãos e organismos da UE, o direito da União. Por conseguinte, apesar de o ordenamento jurídico português não consagrar especificamente o direito fundamental a uma boa administração, encontram-se consagrados na CRP, nos artigos 268.º, 267.º, n.º 5, e 22.º, os direitos

---

[5] Cf. VIANA, Cláudia, «Comentário ao artigo 41.º», *in Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, (coord. ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO), Coimbra: Almedina, 2013, p. 487.

[6] A opção do legislador europeu justificar-se-á pela dificuldade em se chegar a um consenso, a nível supranacional, que extravase o domínio procedimental e que abranja os parâmetros materiais de atuação. De qualquer forma, o esforço em juridificar o conceito de boa administração, reconduzindo-o a um conjunto de regras precisas que possibilitam a tutela jurisdicional, apresenta a virtude de conferir ao conceito um sentido útil, ainda que assente na ideia (ilusória, talvez) de que a decisão será sempre boa se forem observadas as regras e os princípios procedimentais.

[7] A este propósito, saliente-se que, no entanto, apesar de entre os diversos direitos reconduzidos à boa administração se verificar uma predominância de aspetos de natureza formal ou procedimental, é possível notar entre eles referências que apelam a uma perspetiva de controlo substantivo ou material, como é o caso do direito à imparcialidade e do direito à justiça. Acresce ainda que também no âmbito do direito dos tratados se faz referência à boa gestão financeira (cf. artigo 287.º, n.º 2 e 317.º, do TFUE), e à administração eficaz (cf. artigo 298.º, n.º 1, do TFUE), e no domínio jurisprudencial chama-se a atenção para as dimensões de controlo substantivo que o TJUE tem feito valer, designadamente com a afirmação do dever de atuação diligente por parte das entidades administrativas. Neste sentido, a ideia de que o conceito de boa administração conta apenas com uma dimensão procedimental não é assim tão líquida.

e as garantias dos administrados (enquanto direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias), os quais são concretizados no Código do Procedimento Administrativo (CPA), na Lei n.º 67/2007, de 31-12 (que aprovou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais entidades públicas) e, ainda, no que toca à tutela jurisdicional, no Código do Processo nos Tribunais Administrativos. Assim, atendendo à circunstância de, no artigo 41.º, da CDFUE, se consagrarem como direitos fundamentais os valores da imparcialidade, da justiça e da observância de um prazo razoável, por parte da Administração, na tomada de decisões, dever-se-á considerar que, do ponto de vista do quadro constitucional português, se verifica um alargamento do catálogo dos direitos fundamentais perante a Administração Pública. A este respeito, reveste-se de particular importância o facto de, por força do artigo 41.º, n.º 2, da CDFUE, o direito à audiência prévia ser elevado a direito fundamental. Com efeito, o direito à audiência prévia, no ordenamento jurídico português, não encontra consagração constitucional, pelo que não tem vindo a ser reconhecido como um direito fundamental pela doutrina e jurisprudência portuguesas, não servindo, consequentemente, de fundamento para determinar a nulidade das decisões que são tomadas ao arrepio do mesmo. Ora, por força do teor do artigo 41.º, n.º 2, da CDFUE, poder-se-á verificar uma importante evolução desta matéria[8].

A este propósito, aliás, cumpre salientar que desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa que a CDFUE adquiriu um valor jurídico igual ao dos Tratados Constitutivos (cf. artigos 6.º, n.º 1, do Tratado da UE). Assim, o aparecimento do direito à boa administração com força vinculativa significa um passo em frente no sentido de admitir a existência de um direito à boa administração (entendido em sentido amplo)

3. O princípio da boa administração no CPA

O artigo 5.º, do CPA, consagra o «princípio da boa administração» - anunciado no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07-01, como um novo princípio – e determina que a Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade, devendo, para o efeito, ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada. Trata-se de um

[8] Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 54.

princípio que assume a importante função de corolário do princípio da prossecução do interesse público, vertido no artigo 266.º, n.º 1, da CRP, reproduzindo também, em parte, o disposto no artigo 267.º, da CRP, nos termos do qual a Administração Pública está estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva. Nestes termos, o princípio da boa administração impõe à Administração Pública que aponte, no cumprimento da sua obrigação estrita de prossecução do superior interesse público, em cada caso concreto, para as soluções mais eficientes, expeditas e racionais. Sinteticamente, exige-se que na atividade administrativa sejam utilizados os meios mais ajustados e adequados aos fins que se pretende atingir - no sentido de existir uma repartição ponderada dos meios e de modo a maximizar as vantagens que se pretende obter - com a constante preocupação de contenção nos gastos - poupando e racionalizando os recursos disponíveis -, sempre com a maior rapidez possível. Assim, a prossecução do superior interesse público só será possível se existir boa administração[9].

Pois bem, a consagração do princípio da boa administração mostra-se especialmente bem intencionada, por pretender assegurar que a atividade administrativa é respeitadora de valores fundamentais num moderno Estado de Direito social. Apesar de o princípio da boa administração, tal como é configurado no artigo 5.º, do CPA, poder ser tido como consagrador de uma ideia redundante num Estado de Direito[10], não deixa de constituir uma redundância necessária, capaz de reforçar as garantias dos administrados. Com efeito, os valores da eficiência, da economicidade e da celeridade são valores que assumem particular importância no

[9] No que especificamente concerne ao procedimento administrativo, e como resultado do disposto no artigo 5.º, do CPA, encontramos, no mesmo diploma, um outro conjunto de princípios cuja consagração se justifica pela necessidade de dar concretização prática ao princípio da boa administração. Assim, por exemplo, no artigo 14.º, do CPA, estão consagrados os princípios da administração eletrónica ou da desmaterialização do procedimento administrativo, concretizados na previsão e fomento do recurso a meios eletrónicos de comunicação e de processamento. Também no artigo 56.º, do CPA, se estabelecem os princípios gerais de adequação procedimental, que permitem a celebração de acordos endoprocedimentais entre o responsável pela direção do procedimento e os interessados acerca dos trâmites do procedimento administrativo. Já nos artigos 59.º e 60.º, do CPA, encontram acolhimento, respetivamente, o dever de celeridade e o dever de cooperação e de boa fé procedimental.

[10] Cf. ANA RITA CARNEIRO, LUCIANA SOUSA SANTOS e RITA BARROS, «O princípio da boa administração: grande nau, grande tormenta*?», in O Novo Código do Procedimento Administrativo. Para o Professor Doutor António Cândido de Oliveira: uma oferta singela dos jovens investigadores de Direito Público da Escola de Direito da Universidade do Minho* (cood. ISABEL CELESTE M. FONSECA), Braga: ELSA UMINHO, 2015, p. 53.

contexto de uma «sociedade-da-urgência»[11], como é a nossa, na qual os particulares esperam pela satisfação imediata das suas pretensões, por procedimentos administrativos simples, rápidos, sem grandes formalidades, ainda que tal implique um aumento da margem de discricionariedade do órgão responsável pela direção do procedimento administrativo. Contudo, obviamente que esta não é uma conclusão inovadora, não constituindo o disposto no 5.º, do CPA, uma autêntica novidade no seio deste diploma. E ainda bem que assim não é. Precisamente por constituir uma ideia que em momento nenhum da história do ordenamento jurídico português poderia ser posta de parte, já no CPA de 1991, então revogado, se encontrava no artigo 10.º uma consagração semelhante à que consta hoje no artigo 5.º, do CPA. O artigo 10.º, do antigo CPA, determinava já que a Administração Pública deveria ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões. A principal diferença (para além da epígrafe, claro está) entre os aludidos preceitos consiste na circunstância de o CPA assumir como regras de conduta os valores de eficiência, economia e celeridade, instituindo-se como condição de eficácia da atuação administrativa uma organização desburocratizada e favorável à aproximação dos serviços das populações. Ora, o facto de o artigo 5.º, do CPA, não constituir uma significativa novidade face ao que o artigo 10.º, do antigo CPA, já dispunha não deverá ser tido como um ponto desfavorável, mas antes como significativo da ideia de que, no ordenamento jurídico português, desde há largos anos que se consagra legalmente que a atuação da Administração Pública deve assentar em critérios que permitirão considerá-la boa administração.

Não obstante, ao concluirmos desta forma não significa que o legislador não pudesse ter ido mais longe, fazendo jus à potencialidade que o conceito de boa administração conhece e indo ao encontro dos especiais contributos que o direito da UE fornece. Com efeito, o legislador português acabou por manter uma ideia de boa administração simplesmente centrada em três critérios de atuação e reportando-a a dois princípios de atuação, adotando, pois, uma fórmula muito redutora e fechada daquilo que pode ser a boa administração. Em boa verdade, o artigo 5.º, do CPA, não

[11] Cf. ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais fracos)», *in Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo II, 2013 – Ética e Direito, Escola de Direito da Universidade do Minho – Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2014, p. 61.

esclarece em que é que consiste o conceito de boa administração e o seu teor tende a esvaziar de importância e a inutilizar o próprio princípio da boa administração. Acresce que o legislador deveria ter aproveitado a reforma ao CPA para contribuir, de forma mais decidida, para a resolução de um dos problemas sistemáticos da Administração Pública portuguesa, consagrando, também em nome da boa administração, o dever de decisão do procedimento num prazo razoável, à semelhança do que resulta do artigo 41.º, da CDFUE. Aliás, entre os artigos 41.º, da CDFUE, e 5.º, do CPA, existem poucos pontos de contacto. Em comum, verifica-se apenas que ambos os preceitos reúnem, sob uma mesma designação – «boa administração» – um conjunto de exigências bastante heterogéneas. No entanto, e ao contrário do que resulta do artigo 5.º, do CPA, o artigo 41.º, da CDFUE, apresenta como componentes da boa administração diversos elementos de procedimento devido, que já gozam de plena consagração constitucional e/ou legal no ordenamento jurídico português. Por outro lado, do artigo 41.º, da CDFUE, não consta qualquer referência a critérios de eficiência, economia e eficácia. Note-se, todavia, que a discrepância verificada entre o disposto no artigo 41.º, da CDFUE, e no artigo 5.º, do CPA, não coloca em causa a relação entre o Direito português e o Direito europeu, não contribuindo para o enfraquecimento da dimensão «supra legal» do princípio da boa administração como eficiência. Seguindo MIGUEL RAIMUNDO DE ASSIZ, «a existência de diferenças pontuais de perspetivas entre os sistemas europeus e nacionais é uma inevitabilidade de um ordenamento jurídico que não está harmonizado, em todos os seus domínios»[12]. Os Estados Membros contam com autonomia para construírem e regularem os seus sistemas administrativos e o direito europeu é, tão só, parcelar. Ora, considerando que o ordenamento constitucional português obriga a integrar a dimensão da eficiência na discussão pública, compreende-se, ainda assim, a opção tomada pelo legislador ordinário no artigo 5.º, do CPA.

4. A boa administração – um princípio, um direito, ou um dever?

Um dos principais aspetos que tem estado em discussão no debate doutrinal que, em torno desta matéria, tem vindo a ser travado, prende-se em determinar se a boa administração deverá ser tida como um princípio que deve nortear a atuação

[12] Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, *in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. CARLA AMADO GOMES, FERNANDA NESVES E TIAGO SERRÃO), Lisboa: AAFDL, 2015, p. 190.

administrativa, como um direito de que são titulares os administrados, ou como um dever que impende sobre a Administração. A discussão justifica-se pelo facto de estarmos perante um conceito materialmente maleável e de elevada flexibilidade, capaz de assumir uma pluralidade de sentidos, ainda que o ponto de partida seja uno: a prossecução do interesse público. Acresce que o legislador português não cuidou de esclarecer se a boa administração, para além de ser um princípio (conclusão que se retira da própria epígrafe do artigo 5.º, do CPA), constitui um dever (tal como pretende o Direito italiano[13]) ou um direito (tal como pretende a CDFUE, em relação aos órgãos e às instituições da UE).

Ora, seguindo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, o conceito de boa administração integra em si padrões jurídicos e padrões não jurídicos, pelo que uma atuação administrativa será boa quando reunir ambos os tipos de padrões: os primeiros reportados a imperativos de legalidade, participação e transparência, e os segundos a exigências de *performance* e controlo. Nesse sentido, constituem padrões jurídicos da boa administração o princípio da igualdade, da objetividade, da imparcialidade, do respeito pelos direitos de defesa, da proporcionalidade, da proteção da confiança e da boa fé, o direito à tomada de decisões em prazo razoável, o direito a ser ouvido e a participar nos procedimentos administrativos, o dever de fundamentação das decisões administrativas e de indicação das possíveis vias de impugnação que podem ser usadas e o respetivo prazo, o direito à notificação das decisões, o direito de recurso contra as decisões administrativas, o direito à proteção da privacidade dos dados pessoais, o direito à prestação de informações e o direito geral de acesso aos documentos. Por seu turno, os padrões não jurídicos assentam na acessibilidade, na continuidade e na flexibilidade dos serviços públicos, na realização das tarefas administrativas de forma produtiva, na adequada formação dos agentes públicos, na qualidade da regulamentação produzida pela Administração, na proteção e na preservação dos bens públicos e também na simplificação e na elasticidade dos procedimentos[14].

Sucede que a letra do artigo 5.º, do CPA, expressa, somente, um conjunto de componentes extrajurídicos, ao fazer referência apenas aos valores da eficiência,

---

[13] Cf. artigo 97.º, da Constituição da República Italiana, nos termos do qual os serviços públicos são organizados segundo as disposições da lei, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da Administração.

[14] Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2015, p. 67 e seguintes.

economia e celeridade. No entanto, considera-se que da leitura conjugada dos artigos 4.º e 5.º, do CPA, é possível concluir-se que ambos os tipos de componentes se encontram presentes. Em bom rigor, os artigos 3.º (princípio da legalidade), 4.º (princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos) e 5.º (princípio da boa administração), do CPA, devem ser entendidos, por força de uma interpretação sistemática, como constituindo a base para que se proceda ao enquadramento dos artigos que se lhes seguem. Esta tríade de preceitos consagra, assim, a importante ideia de que a Administração Pública deverá, em obediência à Lei e ao Direito, prosseguir o superior interesse público, pautando a sua atuação por critérios de eficiência, economicidade e celeridade. Se assim o fizer, existirá boa administração. Pelo exposto, somos do entender que o conceito de boa administração deverá ser interpretado em sentido amplo, abrangendo componentes jurídicos e extrajurídicos, abarcando o conceito de juridicidade e o conceito de eficiência[15]. Indo mais longe, o conceito de boa administração poderá ser interpretado de forma amplíssima, entendendo-se que dele resulta um princípio, um conjunto de direitos e um conjunto de deveres. Enquanto princípio, porquanto constitui uma trave-mestra historicamente objetivada e que, progressivamente, foi introduzida na consciência jurídica, encontrando uma receção expressa no texto constitucional (mais concretamente, nos artigos 266.º e 268.º, da CRP). O princípio da boa administração é tido, assim, como um princípio jurídico fundamental, surgindo como o suporte lógico de variadas prescrições do CPA, relativamente às quais desempenha um relevante papel interpretativo e integrativo e conferindo uma maior robustez a princípios afins (como por exemplo, o princípio da responsabilidade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da administração eletrónica). Estamos, pois, perante um princípio estruturante, que garante o bom funcionamento da Administração Pública e que contribui para o desenvolvimento de outros princípios administrativos[16]. Do princípio da boa administração decorre, por outro lado, um conjunto de deveres que impendem

[15] A este propósito, MÁRIO AROSO DE ALMEIRA reporta-se à boa administração como um «superconceito», por advir do equilíbrio entre as exigências de juridicidade e as exigências de uma eficiência economicista – cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA*, Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 66-71. O arquétipo de boa administração apresentado foi projetado na Recomendação CM/Rec (2007)7, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, a 20-06-2007 (disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d5bb1 [acesso a 20-09-2016], e no modelo de Código de Boa Administração que a acompanhava.

[16] Sobre a tipologia de princípios *vide* J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1164 e seguintes.

sobre a Administração e cujo incumprimento poderá ser invocado pelos particulares. Com efeito, para que o princípio da boa administração conheça um alcance jurídico útil, o seu conteúdo terá que se reconduzir à imposição de um conjunto de deveres jurídicos que obriguem a Administração a encontrar a melhor solução em nome da satisfação das necessidades públicas, de forma célere, económica e eficiente. Por fim, o princípio da boa administração institui um conjunto de direitos concedidos a favor dos administrados, dotados, consideramos nós, de um conteúdo suficientemente preciso para terem operacionalidade jurídica, deles decorrendo concretas garantias que permitem a salvaguarda dos mesmos. Com efeito, consideramos que nas relações estabelecidas com a Administração, os particulares são titulares de direitos decorrentes do dever (amplamente entendido) de bem administrar, direitos esses que se integram numa nova dimensão de cidadania, num sentido, então, aproximado ao que decorre do Direito da UE. Assim, para além de os particulares poderem invocar, junto dos tribunais nacionais, os direitos consagrados na CDFUE, fazendo valer os seus direitos protegidos pela ordem jurídica europeia, poderão também invocar a titularidade do direito à eficiência, à prática de atos económicos e à celeridade.

Pelo exposto, consideramos que, atentos os esforços que, ao nível legislativo, se têm vindo a canalizar no sentido de instituir um princípio/um direito/um dever à boa administração, se poderá começar a falar de uma *Administração Pública de gerência,* por ser erigida sob um modelo no qual a eficiência ocupa um lugar de proeminência, ainda que orientada por componentes de conformidade ao Direito. Prioriza-se, pois, que a gestão da coisa pública não seja feita burocraticamente, em descompromisso com os resultados. Atualmente, espera-se que sejam estabelecidas metas, que se persigam objetivos claramente delineados, que haja qualidade nos serviços prestados, tudo de acordo com o menor custo possível. A boa administração deve, assim, ser considerada como um atributo técnico da Administração e como uma exigência a ser por ela atendida.

Chegados a este ponto, importa dar conta das consequências práticas decorrentes da aceitação do disposto no artigo 5.º, do CPA, como um «comando geral de sujeição da atividade administrativa aos critérios da eficiência, economia (ou

"economicidade") e celeridade»[17]. Apesar de a doutrina ser unânime em admitir a possibilidade de o princípio da boa administração fundamentar pretensões junto da Administração, abarcando a reclamação e a recorribilidade, o consenso já não existe no que toca a saber se tais pretensões merecem tutela em sede jurisdicional.

A nosso ver, a resposta ao problema passará por se considerar que o princípio da boa administração deve ser tido como um parâmetro de controlo da atividade administrativa, enquanto princípio geral da mesma. Com efeito, somos do entender que o princípio da boa administração constitui um limite à margem de livre apreciação da Administração, integrando o bloco de juridicidade. Seguindo MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, qualquer princípio que seja realmente normativo e jurídico tem um tipo de vinculatividade que pode levar à invalidação de atuações que sejam com ele desconformes. A boa administração deverá ser tida como uma injunção dirigida à Administração, no sentido de recorrer a critérios de eficiência em toda a sua atividade - ou seja, na sua organização, no seu procedimento e no conteúdo das suas decisões. Como princípio administrativo que é, o princípio da boa administração também é basilar e norteador da forma como a Administração Pública deve agir. Trata-se de um princípio com um âmbito normativo de intervenção nitidamente substantivo, que visa conformar o conteúdo de todas e quaisquer atuações administrativas. Também ele define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, dando-lhe harmonia e um sentido lógico e de atuação prática. Assim, integrando o princípio da boa administração o bloco de juridicidade, a violação do mesmo deverá trazer como consequência a invalidade do ato praticado[18].

Por outro lado, a circunstância de o conceito de boa administração ser preenchido com componentes extrajurídicos não impede que assim possamos concluir, até porque, por força do teor do artigo 5.º, do CPA, considera-se que terá sido intenção do legislador atribuir relevância jurídica à eficiência da Administração. A admissão de um controlo jurisdicional efetivo que coloque em causa o cumprimento do dever de bem administrar não significa uma preterição do princípio de separação de poderes, visto que, em bom rigor, controlar a atividade administrativa não significa

[17] Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, *in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. CARLA AMADO GOMES, FERNANDA NESVES E TIAGO SERRÃO), Lisboa: AAFDL, 2015, p. 164.

[18] Em sentido contrário, *vide,* por exemplo, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I, Introdução e princípios fundamentais,* 3.ª edição (reimpressão), Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010, p. 207 e seguintes.

administrar. Não se espera, claro está, que o tribunal venha decidir qual é que será a solução mais adequada à prossecução do interesse público. Espera-se, isso sim, que seja feita uma justiça que vá ao encontro das especificidades do caso em concreto, que não se limite à rigidez formalista, e que a decisão a tomar seja centrada na necessidade de fazer valer a imposição constitucional de prossecução do interesse público. Só assim é que se conseguirá dar resposta a um ordenamento jurídico que cada vez mais assenta em normas que se limitam a definir fins globais e a habilitar as administrações a prossegui-los. Em suma, espera-se que seja concretizada a justiça material, indo ao encontro daquele que é o «novo direito administrativo», especialmente vocacionado para uma maior aproximação da realidade e marcado pela simplicidade, eficácia e sustentabilidade. Nesse sentido, a ação administrativa deve ter presente um imperativo de sabedoria prática.

5. Conclusão

A boa administração é instituída, quer no contexto da UE, quer a nível interno, com um único e concreto fim: a prossecução do interesse público, mediante o melhoramento da máquina administrativa.

Ora, numa sociedade globalizada e altamente exigente, espera-se uma Administração Pública profundamente eficaz, racional nos procedimentos e pouco dispendiosa, que caminhe para resultados práticos ótimos, no mais curto espaço de tempo possível. Os particulares têm legítimas expectativas quanto à obtenção de um serviço de qualidade e de uma administração aberta, acessível e corretamente gerida. Aliás, o sucesso de uma entidade administrativa na prossecução do interesse público encontra-se diretamente dependente da qualidade da gestão adotada. Da Administração espera-se, pois, que canalize todos os esforços possíveis dentro dos limites da lei para obter resultados justos e razoáveis em todas e quaisquer circunstâncias. Assim, da harmonização da ideia de prossecução do interesse público com a da prática da boa administração resulta que à Administração Pública é possível exigir-se que, perante cada caso concreto, sejam adotadas as melhores soluções possíveis, as mais eficazes, céleres e económicas, em cumprimento das exigências legais. Em poucas palavras, a boa administração é dar a mais adequada satisfação às necessidades coletivas, o que pressupõe que sejam cumpridas exigências de juridicidade e de eficiência.

Por força do disposto no artigo 41.º, da CDFUE, e atento o seu caráter vinculativo, e ainda de acordo com a ideia de que de uma interpretação conjugada

dos artigos 3.º, 4.º e 5.º, do CPA, resultam para os particulares um conjunto de direitos que podem invocar perante a Administração, consideramos que a posição dos administrados se encontra hoje especialmente reforçada. A Administração Pública deve atuar à luz do princípio da boa administração, em cumprimento das variadas exigências que dele decorrem e do qual também resultam direitos subjetivos de que os particulares são titulares, podendo estes exigir da Administração o seu respetivo cumprimento.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Mário Aroso, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Coimbra: Almedina, 2012.

-, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2015.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2015.

BATALHÃO, Carlos José, *Novo Código de Procedimento Administrativo, Notas Práticas e Jurisprudenciais*, Porto: Porto Editora, 2015.

CARNEIRO, Ana Rita, e outros, «O princípio da boa administração: grande nau, grande tormenta?»*, in O Novo Código do Procedimento Administrativo. Para o Professor Doutor António Cândido de Oliveira: uma oferta singela dos jovens investigadores de Direito Público da Escola de Direito da Universidade do Minho* (cood. ISABEL CELESTE M. FONSECA), Braga: ELSA UMINHO, 2015.

FONSECA, Isabel Celeste M., «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais fracos)», *in Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho,* Tomo II, 2013 – Ética e Direito, Escola de Direito da Universidade do Minho – Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2014.

OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Coimbra: Almedina, 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, *in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. CARLA AMADO GOMES, FERNANDA NESVES e TIAGO SERRÃO), Lisboa: AAFDL, 2015.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón, *El Procedimiento Administrativo Sancionador y Los Derechos Fundamentales*, Navarra: Civitas, 2007.

SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, Tomo I, Introdução e princípios fundamentais*, 3.ª edição (reimpressão), Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010.

VIANA, Cláudia, «Comentário ao artigo 41.º», *in Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, (coord. ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO), Coimbra: Almedina, 2013.

A proteção dos direitos humanos na Europa: o papel inovador do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Alexandre Barbosa de Lucena Leal[1]
Marília Daniella Freitas Oliveira Leal[2]

RESUMO: O objetivo deste trabalho é investigar os avanços alcançados pelos direitos humanos na Europa, invocando para isso a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) e evidenciando o papel inovador exercido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). A Europa é a parte do mundo mais desenvolvida em termos de proteção aos direitos humanos, na tentativa de manter a paz, integrar os povos e preservar a dignidade humana. A Convenção funciona como mecanismo que possibilita o acesso das pessoas ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos estabelecidos e o TEDH garante que o próprio cidadão recorra individualmente à Corte, gerando uma decisão vinculativa, em face do Estado-parte que violar determinado direito humano. Com embasamento metodológico, a pesquisa será de cunho teórico numa abordagem qualitativa a partir de fontes legais e documentais sobre o objeto de estudo. Assim, este trabalho conclui que há um sistema efetivo de proteção ao indivíduo no continente europeu que valoriza a dignidade da pessoa humana e que o fortalecimento constante das instituições e dos mecanismos de proteção é o que garante que direitos não sejam violados.

PALAVRAS-CHAVES: Proteção. Direitos Humanos. Europa.

INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda os avanços alcançados pelos direitos humanos no continente europeu, à luz da Convenção Europeia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades individuais, ou simplesmente, Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), evidenciando-se o papel inovador exercido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). A Europa é a região mais desenvolvida do globo quando se trata de proteção aos direitos humanos fundamentais. A Convenção funciona como mecanismo que possibilita o acesso das pessoas ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos estabelecidos e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) surgiu para garantir que o próprio cidadão recorresse, de forma individual, à Corte, gerando uma decisão vinculativa em face do Estado que violar determinado direito humano.

[1] Professor do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas - FACISA/Campina Grande – Paraíba, Brasil. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado. Email: falecom@alexandreleal.com

[2] Professora de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – Paraíba, Brasil. Mestre em Relações Internacionais. Doutoranda em Ciências Jurídico Internacionais e Europeias pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Email: mariliadaniellaufpb@yahoo.com.br

Demonstra-se um quadro geral sobre a CEDH, identificando os conceitos básicos, âmbito de aplicação e os aspectos teóricos dos direitos humanos por ela protegidos. Analisa-se o regime global de proteção aos direitos humanos, ressaltando a importância de um sistema regional mais específico. No caso desse trabalho, apenas será estudado o sistema de proteção em nível de continente europeu. O objetivo do artigo é situar o momento de desenvolvimento em que se encontra o sistema europeu de proteção aos direitos humanos e as principais inovações trazidas pelo TEDH e seus Protocolos.

Traça-se, portanto, um panorama geral das conquistas alcançadas com a simplificação de procedimentos, facilitando o acesso à Corte e os atuais desafios enfrentados pelos direitos humanos, almejando-se que, com o fortalecimento e constante inovação das instituições e dos mecanismos de proteção, a dignidade da pessoa humana seja respeitada.

A CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS E O PAPEL INOVADOR DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

O século XIX foi palco de mudanças políticas e marcado por revoluções liberais, invasões e guerras. Esses acontecimentos são fundamentais para contextualizar as transformações no plano das ideias acerca do Direito. Segundo Barbas Homem[3] constitui um erro metodológico elaborar a história do pensamento jurídico ou da filosofia do direito olvidando essa realidade social.

Já o século XX marca a história da humanidade pelas consequências dos grandes conflitos bélicos mundiais em que a dignidade da pessoa humana foi afrontada e violações aos direitos humanos experimentadas de forma dolorosa.

A análise da dignidade do homem ganha espaço no âmbito internacional, consolidando o entendimento de que a soberania não é um poder ilimitado, reconhecendo que os indivíduos possuem direitos inerentes à sua existência e que estes devem ser protegidos. No pós - Segunda Guerra uma profunda alteração ocorreu em razão dos Direitos Humanos terem sido internacionalizados, a partir da criação da ONU[4]. Antes disso, todavia, a Convenção de Genebra de 1864 previu regramentos de direito humanitário em situações específicas de guerra.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foi adotada como um objetivo a ser alcançado por todos os povos, na tentativa de que indivíduos, sociedade e Estados se unam no desenvolvimento e respeito a esses direitos e liberdades, além de promover o seu reconhecimento e sua aplicação. Essa Carta da ONU influenciou muitos Estados a incluírem partes dos seus

[3] HOMEM; António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio. *Do Direito Natural aos Direitos Humanos.* Coimbra. Almedina. 2014.

[4] MÉNDEZ, Isel Rivero. *Las naciones Unidas y los derechos humanos. 50º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.* Sevilla: Fundación El Monte. 1998.

dispositivos nas Constituições e outros a tê-la como sistema de referência, demonstrando a intenção da Comunidade Internacional em sistematizar e desenvolver normas contra às práticas abusivas e degradantes da dignidade da pessoa humana[5].

As noções de direitos humanos surgiram como reflexo do momento porque a humanidade passou surgindo como uma conscientização contra a opressão ou atuação errônea e arbitrária do Estado. A princípio houve uma positivação em instrumentos internos e só depois no âmbito internacional[6].

Nos anos subsequentes vários acordos internacionais sobre direitos humanos foram elaborados, dentre eles: a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969); os Acordos de Helsinque (1975); a Carta dos Povos Africanos (1981); Declaração de Cartagena (1984), dentre outros[7]. Não há na atualidade quem negue a necessidade de observância dos direitos humanos, todavia, isso não significa garantia de efetiva e concreta proteção, uma vez que as inclinações políticas de determinado Estado podem influenciar na observância desses direitos. Além de que os direitos humanos se fundamentam na identidade universal da pessoa humana e no princípio da igualdade entre todos os seres humanos [8].

Assim, os Direitos Humanos constituem um conjunto de regras jurídicas de caráter internacional que reconhecem às pessoas, individualmente consideradas, sem discriminação de qualquer monta, direitos e liberdades fundamentais que assegurem a dignidade da pessoa humana e que consagrem as respectivas garantias desses direitos. Procura proteger as pessoas através da atribuição direta e imediata de direitos aos indivíduos pelo Direito Internacional e pelo próprio Estado[9].

Desse modo, ao regime global de proteção dos direitos humanos é ainda acrescentado três regimes regionais: o regime europeu, o regime africano e o regime interamericano.

Esse trabalho deter-se-á somente ao sistema de proteção dos direitos humanos em nível europeu, encabeçado pela CEDH e o papel do TEDH, uma vez que possui uma característica inovadora que o distingue dos demais sistemas regionais, qual seja: a capacidade processual internacional ativa garantida aos cidadãos que podem demandar diretamente o TEDH[10].

---

[5] GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo. Saraiva. 2015. p. 95.
[6] MARTINS, Ana Maria Guerra. *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*. Almedina. Coimbra, 2004. p. 80-85.
[7] Acrescentamos inda: Pacto dos direitos Civis e Políticos, Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção sobre Discriminação Racial; Convenção sobre os Direitos da Mulher; Convenção sobre a Tortura; Convenção sobre os direitos da Criança.
[8] GUERRA. 2015. p. 88.
[9] MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina. 2006. p. 80 e ss.
[10] FERREIRA. Paulo A. "A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como Referências das Jurisdições Nacionais na Melhoria das Condições

Verifica-se que a proteção aos direitos do homem por meio de instituições e normas de caráter regionais e, mais especificamente, que levam em consideração as peculiaridades de cada território tem-se revelado mais eficazes, na medida em que os Estados que se encontram em contextos semelhantes têm maior probabilidade de compor soluções mais reais e atingíveis. Esse sistema, apesar de conter falhas, é a mais avançada e sólida estruturação de normas sobre direitos humanos em que o homem é a figura central e tem prioridade de proteção.[11].

O sistema europeu tem sua estrutura alicerçada pelos dispositivos criados pela CEDH, na atuação das instituições que se encarregam de sua fiscalização e nos vários outros catálogos de direitos adotados. Vale salientar que os cidadãos europeus se beneficiam de instrumentos de proteção como a Carta Social Europeia, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e demais instrumentos da União que protegem os direitos humanos[12].

Em 1949, ainda sob a insegurança do pós-guerra, foi criado, em Strasburgo, o Conselho da Europa na tentativa de incrementar a cooperação entre os Estados e melhorar a integração entre eles com o objetivo de prevenir conflitos. Para tanto, foi assinado, em Roma, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Individuais (CEDH), que entrou em vigor em 1953[13], com o escopo de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana e consolidar as democracias políticas e plurais[14].

A CEDH protege o direito à vida, proíbe tortura, tratamentos degradantes, bem como trabalho forçado e escravidão, proclama o direito à liberdade, ao devido processo legal, à segurança, observância do princípio da legalidade e irretroatividade das leis. O respeito à vida privada e a existência de tribunais imparciais e independentes também são previstos no texto legal sem quaisquer espécies de discriminação. Observa-se que essa Convenção ateve-se aos direitos civis e políticos numa clara alusão ao combate aos governos totalitários que existiram na Europa.

---

da Detenção e da Prisão". Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Vol. 3. 2015. p. 8.

[11] GUERRA. 2015. p. 145.

[12] MESQUITA, Maria Rangel de. *Forças e Fraquezas do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: cinco breves tópicos de reflexão.* In: O Direito, Almedina, Coimbra, 2005.

[13] Mesmo que a CEDH tenha sido acordada em Roma, no ano de 1950, só entrou em vigor no ano de 1953.

[14] É o que afirma o preâmbulo da CEDH: "(...) Considerando que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a proteção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, reafirmando o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem (...)". Disponível em http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4. Acesso em 14 de abril de 2016.

Esse rol de direitos, no entanto, foi ampliado pelos protocolos adicionais[15] e os direitos e garantias elencados na CEDH são dirigidos a todos os indivíduos, nacionais ou estrangeiros, que estão sob jurisdição dos Estados-parte da Convenção[16]. Contudo esse âmbito de atuação vem sendo flexibilizado pela jurisprudência[17] do TEDH para que as obrigações dos Estados-partes possam abranger os indivíduos que se encontram sob sua responsabilidade e não se limitando apenas aqueles que estão em seus limites territoriais[18].

Desse modo, a Convenção consagrou liberdades e direitos civis e políticos, além de um sistema que garantia que os Estados-contratantes respeitassem as obrigações por eles assumidas. Por essa razão é considerada como grande avanço em matéria de direitos humanos, uma vez que estabeleceu um sistema de proteção regional observando as características específicas do continente europeu.

Outro ponto de destaque da Convenção foi a instituição de órgãos fiscalizatórios e jurisdicionais. Assim, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, o TEDH e o Comitê de Ministros ficaram responsáveis pela fiscalização ao respeito dos direitos humanos, como também legitimados a julgar as violações aos direitos do homem[19].

Para Comparato[20] a grande contribuição da CEDH para a proteção dos direitos do homem e efetivação da dignidade da pessoa humana foi, além da instituição de órgãos de controle, fiscalização e jurisdicional, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional. Acrescenta ainda que a existência desses órgãos, dentro de cada Estado, é uma questão crucial para a evolução do sistema de proteção internacional da pessoa humana, continuando os Estados a zelarem pela sua soberania, rejeitando ingerências

---

[15] Ao todo foram 14 protocolos adicionados à CEDH. Destaca-se que: o Protocolo n.º 11, que trouxe inovações fundamentais ao funcionamento do regime. Neste aspeto há a salientar: i) a reestruturação profunda dos mecanismos de controlo da Convenção, dado que os três órgãos de decisão – Comissão, Tribunal e Comité de Ministros do Conselho da Europa – foram substituídos por um só órgão, o TEDH; ii) o funcionamento do TEDH, a partir de 1 de novembro 1998, a tempo integral; iii) o acesso direto ao TEDH pelos cidadãos, ou seja, os cidadãos passaram a ter o *ius* postulando.

o Protocolo 12 reforçou o direito de não ser discriminado por qualquer razão como sexo, raça, cor, idioma, religião, opinião política, nacionalidade, nascimento, etc e o Protocolo 13 que aboliu a pena de morte em todas as circunstâncias, fortalecendo a proteção à vida.

[16] Artigo 1º da CEDH: "As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção".

[17] Como exemplo, citamos o caso Soering *versus* UK de 1989 em que se estabeleceu que a extradição de uma jovem alemã para os Estados Unidos para enfrentar acusações de homicídio violava Artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos humanos que garantia o direito contra o tratamento desumano e degradante. Esse julgamento foi importante porque observou-se o alargamento da abrangência da CEDH incluindo sob sua proteção a extradição ou expulsão por Estado-parte de um indivíduo que se encontrava em território de Estado que não fazia parte da Convenção.

[18]GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Para entender a Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Del Rey. Belo Horizonte. 2006. p. 53.

[19] GUERRA. 2015. p. 151.

[20] COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva. 1999.

externas em assuntos de sua jurisdição exclusiva, uma vez que assim também preceitua a Carta das Nações Unidas quando declara que a não interferência em assuntos internos de cada Estado é um princípio fundamental.

Os juízes integrantes da Corte europeia de Direitos do Homem gozam de imunidade sobre os votos ou opiniões exprimidas no exercício de suas atividades, constituem as mesmas facilidades concedidas às autoridades diplomáticas, tendo em vista a importância de suas funções[21]. Os juízes se dividem em comitês, com 3 membros, em seções, compostas por 7 juízes, e no tribunal pleno, com 17 juízes. A Convenção estabelece o direito de cada Estado, que seja parte em um litígio, de que o juiz eleito por ele componha a seção do tribunal pleno que julgará a demanda.

A Competência da Corte divide-se em: Consultiva e contenciosa. A Corte adquiriu a competência consultiva por força do Protocolo 2 e somente o Comitê de ministros possui legitimidade para requerer um parecer consultivo à Corte, por voto da maioria dos membros. Até hoje nenhum parecer consultivo foi solicitado.

A competência da Corte também foi modificada pelo Protocolo 11 que impôs, dentro outras modificações, a obrigatoriedade de jurisdição do TEDH imediatamente após a ratificação da Convenção.

Vale ressaltar que a jurisdição da Corte só pode ser invocada depois de esgotada toda a via recursal interna do ordenamento jurídico do Estado para a reparação ou extinção da violação aos direitos observada, isso se deve ao princípio da subsidiariedade[22]. O demandante tem que demonstrar que cumpriu esse requisito inclusive se submetendo ao prazo de seis meses contados a partir da data da decisão definitiva que foi proferida no âmbito interno do Estado.

Todos os Estados-partes na Convenção estão legitimados a submeterem questões que envolvam direitos elencados no texto convencional e as petições individuais seriam o resultado concreto do desenvolvimento experimentado principalmente após a Segunda Guerra na concepção do indivíduo e do lugar que o ser humano ocupa no contexto internacional[23].

A obrigação de seguir os preceitos da Convenção para os Estados que a ratificarem também impõe o respeito às sentenças definitivas emanadas da Corte nas demandas em que determinado Estado seja parte[24].

Cabe ao Comitê de Ministros acompanhar e fiscalizar a execução dessas sentenças[25]. A forma de execução dessas decisões proferidas pelo Tribunal depende dos procedimentos adotados no ordenamento jurídico interno do Estado-parte envolvido.

As sentenças podem inclusive estipular um prazo máximo para o pagamento da reparação. Todavia, vale ressaltar que o Tribunal utiliza a

[21] Acordo Geral sobre Privilégios e Imunidades de 1949.
[22] Artigo 35 CEDH.
[23] GODINHO. 2006. p.63.
[24] Artigo 46, 1, CEDH.
[25] Artigo 46, 2, CEDH.

discricionariedade quanto ao estabelecimento de justa reparação, ou seja, o texto da CEDH não reconhece direito subjetivo à reparação financeira nos casos de violação de direitos humanos, uma vez que a declaração emanada da Corte de que determinado Estado desrespeitou normas de direitos humanos por si só já é considerada reparação. Há casos, porém, em que uma declaração ou uma simples compensação financeira não resolveria a questão e se exigiriam medidas concretas, como anulação de ato, para haver uma reparação eficaz[26].

Dessa forma, a sentença definitiva é transmitida para o Comitê de Ministros que, a partir daí, fiscaliza as medidas adotadas pelo Estado violador na execução da decisão da Corte. O Comitê pode examinar se o Estado adotou as medidas necessárias para resolver a questão ou se efetuou o pagamento de eventuais reparações pecuniárias. Todas as informações são publicizadas, com exceção das confidenciais por razões de interesse público ou particular, para que todos possam acompanhar as decisões da Corte. Essa acessibilidade ao público dos dados emanados do Tribunal repercute de forma afirmativa na medida em que constitui, além da concretização da transparência, uma forma de pressionar os Estados envolvidos nas violações em assumir suas responsabilidades e executar as sentenças definitivas para que possam ser reconhecidos como Estados que respeitam os ditames e as normas de direitos humanos[27].

A Corte Europeia vem enfrentando momentos de dificuldade quanto ao alcance de seus objetivos de fortalecimento e respeito aos direitos humanos. As modificações trazidas na estrutura e funcionamento da Corte pelos seus Protocolos, por um lado, simplificaram procedimentos e ampliaram o acesso à jurisdição do Tribunal, fazendo com que novos Estados se submetessem à CEDH. De outra banda, o crescimento intenso de demandas apresentadas tem comprometido a dinâmica e eficiência do sistema.

Ajustes ainda devem ser realizados na tentativa de melhorar essa dinâmica modificando alguns trâmites, tais como, os que permitem que muito tempo seja perdido com demandas que serão julgadas inadmissíveis ao final ou muito semelhantes a outras já decididas pelo Tribunal, o que ocasiona acúmulo de processo e, consequentemente, violações são perpetradas pelo excesso de tempo em se resolver a demanda.

Desse modo, foram elaboradas reestruturações dos procedimentos junto á Corte através do Protocolo 14 que objetiva, dentre outras medidas, melhorar a celeridade do sistema sem, contudo, comprometer o acesso à jurisdição por toda pessoa que seja vítima de violação dos direitos e garantias insculpidos na CEDH.

As mudanças adotadas objetivam reestruturar o funcionamento da Corte e propor alterações no sistema de controle da Convenção. Para isso são

[26] GODINHO. 2006. p. 70.
[27] GODINHO. 2006. p. 71.

feitas alterações no mecanismo de seleção de demandas e na admissibilidade das ações em que há risco de dano iminente[28].

As ações que tiverem sido inadmitidas pelos Tribunais nacionais e as que se relacionem com a interpretação e aplicação das normas constantes na CEDH não serão rejeitadas *ab initio* cabendo à Corte essa análise. Outra simplificação foi a possibilidade do comitê composto por três juízes decidirem sobre casos relacionados com a jurisprudência consolidada na Corte, evitando demandas repetitivas e acelerando o processo decisório.

As modificações adotadas pelo Protocolo 14 incluíram expressamente em seu Artigo 17.º a possibilidade da União Europeia aderir à Convenção. É interessante esse destaque, uma vez que desde o estabelecimento, em 1957, da Comunidade Econômica Europeia, pelo Tratado de Roma, não se fazia menção expressa sobre os direitos humanos e sua proteção, embora tivesse neles fonte de inspiração para a concretização da integração entre os países. As decisões da Corte Europeia de Justiça convergiam no sentido de uma maior proteção dos direitos das pessoas e isso se seguiu nos vários Tratados subsequentes[29].

O Tratado de Maastrich, que instituiu a União Europeia, tornou evidente a necessidade de todos os países do bloco respeitarem os direitos elencados na CEDH. Em 1999, com o Tratado de Amsterdã, a tendência de ampliação do reconhecimento dos direitos humanos como parte integrante do direito comunitário, prescrevendo que a União Europeia se baseia nos princípios da igualdade, liberdades fundamentais e respeito aos direitos humanos, podendo a violação aos mesmos acarretar suspensão de determinados direitos dentro da União Europeia[30].

O Tratado de Amsterdã amplia o reconhecimento dos direitos humanos como parte importante dentro do direito comunitário e, em 2000, foi adotada a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia corroborando com a proteção dos direitos humanos perseguida pelo bloco europeu.

A Carta foi inspirada na CEDH e ampliou alguns aspectos desta, como foi o caso dos direitos sociais e econômicos e o artigo 52 dispõe no sentido que a proteção e o alcance dos direitos devem ser os mesmos nos dois documentos. Contudo, existem diferenças entre esses instrumentos normativos na medida em que a Convenção pretendia que seu texto fosse compulsório, enquanto que a Carta tinha o propósito de alcançar o povo europeu com uma linguagem simples e direta. Em linha gerais, a Carta representa um avanço, principalmente, por

[28] As principais modificações na estrutura e nos procedimentos do TEDH abordadas ao longo desse texto a partir do Protocolo 14 podem ser conferidas e melhor analisadas no Relatório explicativo sobre a estrutura do Protocolo 14. Disponível em: http://www.echr.coe.int. Acesso em 14 de julho de 2016.

[29] QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3.ª ed., Almedina, 2013.

[30] (...) a União respeitará os direitos fundamentais como se garantiam na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais assinado em Roma, a 4 de novembro de 1950, e tal como resulta das tradições constitucionais comuns aos Estados membros como princípios gerias do direito comunitário.

abranger direitos econômicos e sociais, aspecto relegado pela CEDH que se preocupou apenas com direitos civis e políticos [31].

A criação da Carta dispondo sobre direitos humanos e garantias fundamentais veio somar-se às normas estabelecidas na CEDH formando um sistema regional, em nível europeu, de proteção aos direitos do homem. Muito embora ocorra, em determinadas situações, um choque no âmbito de aplicação entre as normas da Carta e o do sistema de Estrasburgo, a tendência da Corte de Justiça Europeia é seguir a jurisprudência advinda do TEDH, o que impede decisões contraditórias, todavia, não responde à questão da existência ou não de hierarquia entre elas. Pela primeira vez, todos os direitos que se encontravam dispersos em vários catálogos de direitos fundamentais foram reunidos em um único documento.

As indagações que, porventura, ainda existem em relação à aplicação e à abrangência da Convenção ou da Carta, até certo ponto, podem gerar insegurança jurídica, todavia, sua contribuição para o amplo desenvolvimento dos direitos humanos, com mais de um catálogo de direitos, aprofundam o debate e ampliam a proteção acima de tudo.

O Tratado de Lisboa estabelece que a União reconhece os direitos, liberdades e princípios elencados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE com as adaptações que lhe foram feitas e lhe atribui o mesmo valor jurídico dos Tratados.

A emenda ao Protocolo nº 11, em1983, substituiu dentro do TEDH os três órgãos de decisão (Comissão, Tribunal e Comité de Ministros do Conselho da Europa), passando, a partir de 1 de novembro 1998, a funcionar em tempo integral. Atualmente, no sistema europeu de proteção dos direitos humanos qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares, que se considerem vítimas de violação de um dos direitos humanos nela reconhecidos por qualquer Estado - parte na Convenção, pode recorrer ao TEDH, sendo que este mecanismo de queixa individual não existe em mais nenhum órgão jurisdicional de caráter internacional ou regional com a tutela dos Direitos do Homem.

As petições individuais são respostas ao desenvolvimento da ideia de proteção aos direitos da pessoa humana e seu espaço na ordem internacional. Conforme esclarecido, a utilização do mecanismo é facultada a pessoas físicas e jurídicas que se considerem vítimas de violações aos direitos humanos por Estados-partes na Convenção. Aos Estados é permitido demandar como autor ou réu, aos indivíduos só é permitido acionar o Tribunal na condição de serem vítimas de violação dos direitos elencados pela CEDH. Contudo, as interpretações da Corte estão no sentido de alargar a legitimidade para que parentes próximos da vítima ou pessoas que apresentarem ligação particular

[31] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva. 2006.

com a mesma ingressem com a petição, desde que demostrem válido interesse pessoal ou que a violação sofrida tenha causado prejuízo pessoal.

Os acórdãos do TEDH têm força vinculativa, estando os Estados obrigados a respeitá-los e os respectivos governos a modificar a legislação existente, caso esta esteja em desacordo com o decidido pela Corte, enquanto o Comitê de Ministros do Conselho da Europa deve velar pela sua execução, incumbindo-lhe de verificar se os Estados violadores tomaram as medidas necessárias para cumprir às obrigações específicas ou gerais que resultaram dos acórdãos.

Assim, um dos mais significativos avanços para o Direito Internacional é, justamente, essa possibilidade de qualquer pessoa singular, organização não-governamental ou grupos de particulares, que se considere vítima de uma violação por qualquer Alta Parte contratante, dos direitos reconhecidos na Convenção e seus protocolos, peticionar individualmente[32].

Desse modo, a busca incessante pelo reconhecimento, proteção e desenvolvimento dos direitos humanos e contra as violações que são perpetradas pelos Estados e pelos particulares têm demonstrado a importância dos Direitos Humanos para o fortalecimento e efetivação da dignidade da pessoa humana. Determinar mecanismos de proteção a esses direitos se fazem necessário no mundo todo[33].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão dos direitos fundamentais está na ordem do dia nos debates dentro do continente europeu, adquirindo essa importância por razões de aprofundamento da integração política e jurídica no interior da União Europeia e por concepções a respeito da relação entre pessoas e poder político, cujas repercussões ultrapassam o âmbito interno dos Estados e afetam o plano transnacional.

O Tratado de Roma não previa expressamente a proteção aos direitos do homem dentro da Europa, apesar de no preâmbulo o objetivo essencial seja a melhoria da condição de vida e trabalho de seus povos e de se instituir a necessidade de serem respeitados os princípios da Carta das Nações Unidas. Portanto, apesar de não fazer menção expressa sobre proteção aos direitos humanos, percebe-se que a Comunidade Europeia de então tinha esses princípios como basilares para o desenvolvimento de sua política de integração.

Essa foi a tendência reafirmada tanto pela jurisprudência da Corte Europeia quanto pelos Tratados que se seguiram. Em 1992, o Tratado de Maastricht fundou a União Europeia e explicitou o respeito aos direitos humanos garantidos pela CEDH. O Tratado de Amsterdã corroborou a ideia, baseando o bloco europeu nos princípios da liberdade, democracia e respeito aos direitos

[32] FERREIRA. 2015. p. 10.
[33] GUERRA. 2015. p. 152.

fundamentais, podendo seu descumprimento gerar suspensão de determinados direito dentro da UE.

Foi adotada a Carta do Direitos fundamentais da União Europeia, em 2000, mais uma vez para sedimentar as responsabilidades para com os direitos humanos dentro da União, todavia, com certa dúvida a respeito da relação entre a Carta e a CEDH.

No que concerne aos direitos protegidos, a Carta representa um avanço já que ampliou o rol de direitos, enquanto que a CEDH se limitou a proteger apenas os direitos civis e políticos. Isso não significa, no entanto, que ambos os catálogos de proteção de direitos se contraponham. Apenas há a diferença de pretensão entre os dois instrumentos. Enquanto a Convenção desejava que se criasse um texto compulsório, a Carta tinha o propósito de alcançar todo a população europeia de forma direta e compreensível.

Um sistema regional de proteção europeia aos direitos humanos foi formado e coordenado com os instrumentos que já existiam, diminuindo a concorrência entre as instituições, todavia, sem afastar definitivamente uma possível hierarquia entre elas.

As demandas individuais tornaram-se os meios mais efetivos de garantia e controle dos direitos e liberdades, sendo introduzidas pela CEDH e executadas pelo TEDH. A utilização intensa desse meio pelos cidadãos tem exigido mudanças no sistema europeu de proteção dos direitos do homem, em especial, alterações de paradigmas no conceito de sujeitos de Direito Internacional.

Os catálogos de proteção aos direitos humanos no continente europeu, portanto, são um avanço para o direito comunitário e para a efetivação dos direitos fundamentais do homem. As dúvidas e discussões que ainda existem sobre o tema, apesar de gerar uma certa insegurança jurídica, contribuem para o aperfeiçoamento do esforço coletivo na busca da efetivação da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o sistema de proteção dos direitos humanos no continente europeu sofreu várias mudanças ao longo do tempo sendo observado vários aspectos positivos, enfatizando o próprio funcionamento do sistema em si. À medida em que ocorre o aprofundamento da integração política e jurídica ocorre o reconhecimento e, consequente, desenvolvimento dos direitos humanos para limitar a atuação do poder político e garantido o ideal de liberdade e busca pela dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

HOMEM; António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio. Do Direito Natural aos Direitos Humanos. Coimbra. Almedina. 2014.

MÉNDEZ, Isel Rivero. Las naciones Unidas y los derechos humanos. 50º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sevilla: Fundación El Monte. 1998.

GUERRA, Sidney. Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo. Saraiva. 2015. p. 80-151.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Coimbra: Almedina. 2006. p. 80 e ss.

FERREIRA. Paulo A. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como Referências das Jurisdições Nacionais na Melhoria das Condições da Detenção e da Prisão. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Vol. 3. 2015. p. 8.

MESQUITA, Maria Rangel de. Forças e Fraquezas do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: cinco breves tópicos de reflexão. In: O Direito, Almedina, Coimbra, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva. 1999.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. Para entender a Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Del Rey. Belo Horizonte. 2006. p.63-71.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva. 2006.

“A contribuição para a segurança social a cargo da entidade empregadora e o desafio da sustentabilidade do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem.”

J. Eduardo Amorim[1]

Resumo: A contribuição para a segurança social a cargo das entidades empregadoras assume preponderante papel no financiamento do sistema contributivo da segurança social em Portugal, em especial, no regime geral dos trabalhadores por conta de outrem.

O sistema de financiamento deste regime segue o modelo de repartição, que se traduz na solidariedade intergeracional e está pautado no princípio da adequação seletiva.

Pretendemos demonstrar que ante ao problema demográfico de envelhecimento populacional, das alterações no mercado de trabalho e face à crise econômico-financeira que impede: i- a manutenção de um contínuo crescimento económico; e ii- a redução da taxa de desemprego; a atual forma de financiamento do regime geral do sistema contributivo afeta a sua própria sustentabilidade.

Diante deste cenário de crise sistêmica, analisaremos as principais deficiências no atual modelo de financiamento, através de uma análise crítica da contribuição para a segurança social de responsabilidade das entidades empregadoras, cotejando-a com os principais desafios que afetam a sustentabilidade do regime da segurança social em estudo. Neste sentido justifica-se o esforço na análise do problema e a busca por um esboço de uma proposta de alteração.

Palavras-chaves: Segurança social, sustentabilidade do regime contributivo, modelo de repartição, Solidariedade intergeracional.

[1] Jorge Eduardo Braz de Amorim – Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – RJ, Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Veiga de Almeida – RJ. - e-mail: j.eduardoamorim.law@gmail.com

Abstract: The contribution to social security made by employers plays an important role in financing this system in Portugal, particularly the general scheme of <workers on behalf of others>.

The regime's financing system follows the "distributive model", which is related to intergenerational solidarity and guided by the principle of "selective suitability".

Our intention with this paper is to show that facing the demographic problem of aging population; the changes in the labour market and the economic and financial crisis that prevents the maintenance of a continuous economic growth and the reduction in the unemployment rate, the current social security's financing system affects negatively its own sustainability.

Facing this crisis scenario, we analyse the main shortcomings in the current funding model, through a critical analysis of the contribution to social security liability of employers, comparing it with the key challenges affecting the sustainability of the social security system in study. From this perspective, it is justified the effort in analysing this problem and to find a proposal for a better option.

Key words: Social security, sustainability of the contributory scheme, allocation model, Intergenerational Solidarity.

Introdução

No presente trabalho, face às limitações inerentes, sobretudo ao número reduzido de laudas que nos é destinado para exposição do tema proposto, buscaremos inicialmente fazer um breve enquadramento sobre as contribuições para a segurança social a cargo das entidades empregadoras no regime geral dos trabalhadores por conta de outrem, regime pertencente ao Sistema de Segurança Social em Portugal; para em seguida, através de uma análise critica do peso das contribuições das entidades empregadoras como fonte de financiamento do regime geral, identificar alguns desafios que afetam a sua sustentabilidade, desafios estes que, ao nosso ver, são causados preponderantemente pelas variáveis externas relacionadas principalmente com o problema do "duplo" envelhecimento demográfico, das alterações no mercado de trabalho e da estagnação económica.

Cabe esclarecer que o presente trabalho foi realizado tendo atenção que o problema da sustentabilidade do regime geral da segurança social não passa apenas pela quebra de receita, mas também pelo galopante aumento dos custos sociais e consequente dimensão do Estado Social. Porém, em respeito à delimitação do tema proposto, abordaremos somente os problemas supracitados. Este corte dá-se por entendermos que promovendo políticas fiscais e reformas paramétricas estruturais no sistema da segurança social, poderemos auxiliar na recuperação económica necessária à mitigação ou mesmo anulação das citadas variáveis exógenas possibilitando a partir de então o equilíbrio necessário para uma futura reforma sistemática mais abrangente.

A partir da percepção do sistema de financiamento da segurança social em Portugal e especificamente da compreensão do papel das contribuições das entidades empregadoras no financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem, sem a pretensão de esgotar o tema em estudo, buscaremos esboçar uma proposta de alteração que visa à promoção da recuperação económica como solução inicial para o equilíbrio e a sustentabilidade do Regime Geral dos Trabalhadores por Conta de Outrem e por via conexa de todo o Sistema Público da Segurança Social.

1.- Breve introdução ao Sistema da Segurança Social em Portugal

O sistema de segurança social português é composto por um sistema público e obrigatório e por um sistema privado e facultativo, complementar ao público.[2]

O Sistema Público tem previsão constitucional no artigo 63.º da CRP[3]. Este dispositivo constitucional incumbe ao Estado o dever de "organizar, coordenar e subsidiar" um sistema "unificado e descentralizado" ao que todos tenham direito ao acesso e que protejam os cidadãos de situações de "falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade de trabalho".

Ao nível infraconstitucional, a base geral do Sistema de Segurança Social em Portugal está estabelecida na Lei de Bases da Segurança social[4], a qual, com objetivo de cumprir a determinação do art. 63.º da CRP., divide o Sistema Público de

[2] V. TEIXEIRA, Glória. *Manual de Direito Fiscal,* 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 169-179.
[3] Constituição da República Portuguesa.
[4] Lei n.º 4/2007 de 16 de Janeiro (Também referida neste trabalho por "Lei de Bases"), que em linhas gerais regula no campo infraconstitucional os Sistemas da Segurança Social em Portugal.

Segurança Social em dois sistemas: i - **o sistema de proteção social e cidadania**; e ii- **o sistema previdencial**.

Seguindo em nossa linha introdutória e de delimitação, por fim, cabe-nos aqui referir que o **sistema previdencial (ou contributivo),** por sua vez também se divide em regimes distintos. Sendo eles: **i – Regime geral dos trabalhadores por conta de outrem; ii – Regime dos trabalhadores de categoria ou situações específicas; iii – Regime dos trabalhadores independentes; e iv – Regime de Seguro Social Voluntário.**

Os regimes acima enumerados e que compõe o **sistema previdencial** são definidos e regulados pelo Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social[5], que normatiza o âmbito pessoal e material de cada regime, bem como, as relações jurídicas e os respectivos regimes sancionatórios.

2 – O desafio da sustentabilidade do financiamento da Segurança Social no Regime Geral dos Trabalhadores por Conta de Outrem

Não pretendemos esgotar o tema apresentando todos os desafios a serem enfrentados, porém, dentro da delimitação temática, abordaremos aqueles que julgamos como os principais desafios à sustentabilidade do Regime Geral.

Antes de esmiuçarmos objetivamente os fatores de desequilíbrio que podem levar à insustentabilidade do regime, cabe aqui fazermos algumas considerações iniciais importantes: a primeira delas é frisar a necessária delimitação do problema ao tema em objeto, ou seja, ainda que o problema do equilíbrio e da sustentabilidade esteja relacionado ao sistema de segurança social como um todo, nestas linhas, abordaremos somente os principais elementos prejudiciais ao equilíbrio e a sustentabilidade do **regime geral dos trabalhadores por conta de outrem.**[6]

Ainda no que se refere à delimitação do tema, não obstante termos claro que o problema do equilíbrio e da sustentabilidade estão relacionados tanto com fatores inerentes ao financiamento (receitas), quanto com fatores relacionados com os custos das prestações sociais; neste trabalho, teremos como foco principal os fatores

[5] Lei n.º 110/2009 de 16 de setembro (também referido neste trabalho por "Código Contributivo".
[6] Sendo certo que ante a complexidade do sistema e dos fatores de desequilíbrio, estes certamente têm efeitos também fora do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem, mas serão aqui estudados somente sobre esta óptica delimitada.

conexos à obtenção de receita[7], ou seja, **a sustentabilidade do modelo de financiamento**.

Por fim, e por entendermos que a **recuperação económica** é o caminho para a sustentabilidade; é sobre este enfoque que analisaremos criticamente o tema, ou seja, a análise crítica repousará na demonstração da ineficiência e a prejudicialidade do atual modelo de financiamento do regime geral, bem como, nas consequências negativas que a atual forma de financiamento impõe à recuperação económica nacional. Feitas as considerações necessárias vejamos:

O modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem segue os princípios, formas e fontes estabelecidos na Lei Base da Segurança Social[8]. Está baseado no **modelo de repartição**, segundo o qual as contribuições e quotizações pagas pela geração ativa destinam-se à financiar as prestações sociais suportadas, atualmente, pela segurança social, ou seja, fundamenta-se na **solidariedade intergeracional**[9]. E está vinculado ao **Princípio da Adequação Selectiva[10],** logo, a fonte de financiamento do regime geral compõe-se exclusivamente, ao menos em tese[11], pelas contribuições das entidades empregadoras e pelas quotizações dos trabalhadores.

A nosso ver, aqui reside um dos principais problemas de sustentabilidade, posto que o fenómeno conhecido como “baby-boom”, iniciado no pós-guerra, momento em que se vivia um período de franco crescimento económico, caracterizado pelo grande aumento da taxa de natalidade (nascimentos) e de fecundidade (nº de filhos por mulher), deu lugar ao fenómeno inverso, conhecido por "baby-bust", que teve início a partir da década de 70 do séc. XX, tendo sido provocado pelas sucessivas crises nas economias ocidentais. Essa mudança de paradigma, juntamente com o aumento da expectativa de vida, são as causas de um "Duplo Envelhecimento Demográfico", conceito que identifica o envelhecimento no topo (aumento de idosos na população) e na base (falta de nascimentos que reduz a proporção de jovens na

[7] Ainda que fatores conexos aos custos sejam referidos por imperiosa necessidade ou por estarem também ligados às propostas de mudanças que serão aventadas.
[8] Lei 4/2007 de 16 de janeiro, doravante aqui denominada Lei de Bases.
[9] V. Art.º 8.º da Lei de Bases.
[10] V. Art.º 89.º da Lei de Bases.
[11] A insuficiência de receitas provenientes das obrigações contributivas, tem obrigado a uma constante transferência entre sistemas e suas respectivas fontes de financiamento, inclusive com alocação de receitas fiscais do Estado.

população)[12]. Com o duplo envelhecimento, deixou-se de existir uma proporcionalidade entre a geração ativa de contribuintes e a geração inativa de beneficiários do sistema; obstáculo que, a nosso ver, é agravado pela rigidez normativa inserida pelo princípio da adequação seletiva, que provoca uma impossibilidade "real" de diversificação da fonte de financiamento do Regime Geral torando-o insustentável.

Portanto, o "duplo envelhecimento populacional", a elevada taxa de desemprego, as alterações do mercado de trabalho e a baixa remuneração dos trabalhadores afetam negativamente a obtenção de receitas à medida que o financiamento do regime geral, dá-se através das contribuições das entidades empregadoras e das quotizações dos trabalhadores, ambas incidentes sobre a remuneração dos trabalhadores e, por consequência, altamente dependente de um contínuo crescimento económico e do mercado de trabalho.

Logo, dentro de nossa proposta, cabe-nos analisar as contribuições para a segurança social[13], sob a perspectiva da recuperação e do desenvolvimento económico; e deste cotejo identificamos que a forma da sua composição provoca os seguintes distúrbios que, por afetarem o desenvolvimento económico, interferem negativamente no atual modelo de financiamento. Sendo eles:

i- **Alta tributação sobre o rendimento**:

Como aqui referimos, as obrigações contributivas têm como base de incidência a remuneração ilíquida do trabalhador. Tais obrigações são compostas pela quotização (que em regra corresponde a 11% sobre a remuneração do trabalhador) e pela contribuição para a segurança social (que, em regra, faz incidir 23,75% sobre a remuneração do trabalhador). Ainda que sem entrar no mérito da natureza jurídica das obrigações contributivas, certo é que a quotização provoca uma alta tributação sobre o rendimento do trabalhador, uma vez que o Código Contributivo, ao alargar a base de incidência da obrigação contributiva, aproximou-a da base de incidência do IRS, desta forma o trabalhador tem seu rendimento total tributado tanto em sede de

12 QUELHAS, Ana Paula Santos. A refundação do papel do Estado nas políticas sociais, Coimbra: Almedina, 2001. pp. 74 e 75.

13 Também denominada por "obrigações contributivas" e que englobam tanto as contribuições a cargo das entidades empregadoras quanto às quotizações pagas pelos empregados.

IRS como em sede de quotização para a segurança social, gerando para si um elevado custo do trabalho[14].

O custo do trabalho aqui referido mede a extensão em que a tributação total sobre o rendimento do trabalho desencoraja o emprego, ou seja, revela-se como uma ordem de medida a qual o trabalhador tem em conta quando compara o seu rendimento líquido do trabalho com o benefício social líquido[15] que poderia receber se estivesse em uma situação de pobreza ou de desemprego.

A título de ilustração, segundo dados da OCDE de 2015[16] o custo do trabalho em Portugal corresponde a 42,06% o que se revela alto quando o comparamos com a Irlanda (27,47%); Reino Unido (30,82%); e Dinamarca (36,45%).

Ao ser um fator que desestimula a busca pelo emprego, a elevada tributação sobre o rendimento pode provocar o que a doutrina chama de “Armadilha da Pobreza”, ou seja, quando o cidadão mantem propositadamente um patamar baixo de rendimento para fugir a elevada tributação ou para evitar a perda de algum benefício estatal atrelado à baixa remuneração; bem como, pode provocar a “Armadilha do Desemprego”, que dá-se quando a excessiva tributação sobre o rendimento do trabalho nivela tal rendimento líquido ao rendimento líquido do subsídio desemprego. Tais fenômenos contribuem negativamente para a sustentabilidade da segurança social, uma vez que produz um efeito redutor de receita e ao mesmo tempo de elevação do custo social. **Ambas as situação provocam a "cultura da dependência" e podem ser provocadas por disparidades de taxas marginais de tributação do IRS, Taxa Contributiva e Benefícios concedidos;** o que reforça a ideia da necessidade de um pensamento integrado dos Sistemas Fiscais e de Segurança Socia.[17] Neste sentido, a desmedida tributação sobre o rendimento do trabalho revela-se um fator de desequilíbrio para o regime geral do sistema previdencial.

[14] Cumpre esclarecer que o custo do trabalho provocado pela alta tributação sobre o rendimento não se confunde com o custo do “fator trabalho” como elemento formador do custo de produção.
[15] Rendimento social mínimo, subsídio desemprego entre outros.
[16] V. OECD (2016), Tax wedge (indicator). doi: 10.1787/cea9eba3-en (Accessed on 29 May 2016).
17 PEREIRA, Manuel H. de Freitas [et al]. *Tributaçao dos rendimentos do trabalho dependente*: Relaçao com as contribuiçoes para a Segurança Social, Porto: Vida económica [etc.], 2000, pp: 46-56.

ii- Custo do fator trabalho como elemento do custo de produção

Da relação jurídica de vinculação[18] e da relação jurídica contributiva[19] surgem para as entidades empregadoras duas espécies de obrigações, as declarativas e as contributivas. Em ambas as obrigações as entidades empregadoras incorrem em custos que podem apresentar-se tanto na forma do valor total pago em cumprimento das obrigações contributivas[20], como na forma de custo com a estrutura e os profissionais qualificados necessários para proceder com a liquidação e com a operacionalização do pagamento das obrigações contributivas, bem como, com a apuração e envio de informações às entidades representativas do sistema de segurança social, ou seja, o custo operacional com o cumprimento das obrigações declarativas.

Desta forma, o financiamento do regime geral através das obrigações contributivas, e o cumprimento das obrigações declarativas, constituem um verdadeiro custo para o fator trabalho, que como elemento que compõe o custo de produção, quando elevado, interfere diretamente na competitividade das empresas nacionais, dificultando o crescimento económico e desestimulando a abertura e manutenção de postos de trabalho.

iii- Alta dependência do financiamento ao mercado de trabalho

Em consequência do princípio da adequação seletiva, do princípio retributivo, do princípio da contributividade e do princípio da solidariedade de base profissional, o financiamento do regime geral do sistema previdencial possui um alto nível de dependência do trabalhador ativo para cumprir com eficiência seu objetivo.

Fatores que contribuam negativamente para a diminuição do contingente de trabalhadores no mercado de trabalho nacional podem comprometer o equilíbrio e a sustentabilidade do regime.

---

18 V. Art.º 29.º e ss. do Código Contributivo.

19 V. Art.º 37.º e ss. do Código Contributivo.

20 Ante à aplicação da taxa global para liquidação e pagamento da obrigação contributiva e ainda ante ao facto de que o valor da quotização descontado da remuneração do trabalhador figurar apenas como encontro contabilístico, uma vez que verdadeiramente, não há ingresso desta receita para posterior repasse; o dispêndio efetivo é todo da entidade empregadora.

Como exemplo de fator que pode ser prejudicial à sustentabilidade do regime devido a alta dependência do financiamento do regime geral ao mercado de trabalho, podemos citar o aumento gradual do trabalho remoto e do trabalhador independente que permite uma maior liberdade do trabalhador e que por esta característica é preferido pela nova geração de trabalhadores. São trabalhadores, na grande maioria ligados a tecnologia da informação, com forte espirito empreendedor e que preferem trabalhar como independentes, desprezando por completo a segurança de um contrato de trabalho face à liberdade que podem gozar em não o ter.[21]

Outro exemplo de fator negativo é o desaparecimento de profissões substituídas por máquinas e demais meios oriundos de investimentos tecnológicos. A partir da década de 90 do século passado as empresas no afã de reduzir o seu número de efetivos, passaram a investir na substituição do homem pelas novas tecnologias. Isso para além de aumentar o desemprego (que pressiona o custo social), ainda atinge o financiamento dos Sistemas de Segurança Social, pois, privam-nos das quotizações e contribuições patronais. E as perspectivas para o futuro do mercado de trabalho sobre a ótica da substituição de postos de trabalho por "maquinas" é de um avanço contínuo, tornando este um fator tão preocupante quanto o próprio desequilíbrio do rácio de dependência intergeracional.

3. – A alteração à contribuição para a segurança social a cargo da entidade empregadora como resposta aos desafios da sustentabilidade do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem

Em suma, os principais desafios da sustentabilidade do regime geral expostos neste trabalho relacionam-se com o modelo de financiamento e sua sujeição ao regime de repartição (solidariedade intergeracional), agravados pelo princípio da adequação seletiva e pelas consequências relacionadas com o baixo crescimento económico.

Neste sentido, cito Nazaré Cabral: "Não vale a pena elaborar muito em torno da reforma da Segurança Social, ignorando as duas principais variáveis exógenas [...] a demografia e o crescimento económico."[22]. Seguindo em sua ordem de ideia a

21 Para mais vide: ROCA, Raquel. *KNOWMADS: Los Trabajadores del Futuro*, Madrid: LID, 2015, p 189.

22 CABRAL, Nazaré da Costa. "A Reforma do Estado Social: Segurança Social.", *in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*. Ano 6, N.º 1 – Primavera, Coimbra: Almedina (pp. 150-173), p.160.

autora deixa claro que uma profunda reforma seria inócua ou de pouco efeito se não estiver acompanhada por uma "renovação geracional" e um "crescimento económico contínuo".

Portanto, advogando no mesmo sentido, entendemos que somente a recuperação económica poderá criar as condições necessárias para a promoção de futuras reformas sistémicas, ligadas à opões de políticas públicas para um novo modelo de segurança social, ressaltando inclusive que o grau de sucesso da recuperação económica também moldará o grau de grandeza e profundidade destas alterações futuras.

Em uma simplificada análise aos problemas que dificultam a recuperação do crescimento económico em Portugal, é senso comum, que baixa competitividade das empresas portuguesas, é um dos principais entraves a serem ultrapassados.

Não obstante a ciência da complexidade do tema, cingir-nos-emos a trabalhar com dois fatores que a nosso ver, face ao grau de impacto dos mesmos no problema em apreço, assume protagonismo: o custo de contexto e o custo do fator trabalho (como elemento do custo de produção).

O custo de contexto em resumo, é uma ordem de medida que calculam os efeitos negativos decorrentes de regras e procedimentos (não imputáveis ao investidor) que prejudicam a atividade empresarial. Este custo é calculado pelo Instituto Nacional de Estatística - INE e indica, em uma escala de 1 a 5, o nível de obstáculo que os diferentes sistemas de regras e procedimentos prejudicam a atividade empresarial. No último relatório[23], o sistema fiscal[24], como um dos sistemas de regras e procedimentos prejudiciais à atividade empresarial, em uma escala de 1 a 5, representou um indicador médio de 3.31, porém, revela-se ainda maior quando considerado somente as PME's, cujo o indicador foi de 3,49. De ressaltar que próprio relatório trouxe a seguinte assertiva, que passo a transcrever: "... As microempresas indicaram maiores obstáculos com o sistema fiscal, sobretudo nas contribuições à segurança social".

[23] V. Estudos sobre estatísticas das empresas – 2015 (www.ine.pt)
[24] Aqui são observados o custo do efetivo pagamento dos tributos, bem como, com o cumprimento das obrigações declarativas, estando também incluídos as obrigações do sistema da segurança social.

Em relação ao custo do fator trabalho, uma vez que provoca grande impacto negativo no custo de produção, torna obviamente as empresas nacionais menos competitivas, tanto para o mercado interno quanto para o mercado externo. Além disso, o referido custo ainda tem forte efeito negativo na promoção de emprego, contribuindo também para a manutenção de um alto índice de desemprego e contribuindo para uma baixa remuneração pelo trabalho.

Na análise feita até aqui sobre os desafios para o desenvolvimento económico, podemos observar que as empresas PME's, face as suas caraterísticas próprias, sofrem um impacto muito maior. O que é significativamente prejudicial ao desenvolvimento económico nacional, uma vez que tais categorias de empresa possui um elevado peso no tecido empresarial. Segundo dados do INE referentes ao ano de 2014[25] as PME's representam 90% do total das empresas; 80% do total de emprego; e 60% do total do volume de negócio entre as sociedades não financeiras.

Considerando que um dos principais fatores de insustentabilidade do regime geral é o "duplo envelhecimento populacional", considerando que a remuneração ilíquida do trabalhador como base de incidência para as obrigações contributivas agrava o custo do fator trabalho e considerando que o financiamento do regime é demasiado dependente do mercado de trabalho; entendemos que a contribuição para a segurança social a cargo da entidade empregadora deveria ser substituída por um imposto a incidir sobre a receita ilíquida ou sobre o lucro da entidade empregadora[26].

Desta forma, retiraríamos a pressão que o modelo de financiamento exerce no mercado de trabalho (aliviando o custo de produção e promovendo a competitividade das empresas); promoveríamos uma política de incentivo ao emprego e de melhoria salarial; e reduziríamos o impacto do rácio de dependência intergeracional. Além disso, uma vez que a contribuição a cargo da entidade patronal passaria a ser um imposto, este passaria a ser gerido pelo sistema fiscal, promovendo assim uma efetiva aproximação entre o sistema fiscal e o sistema de segurança social (ainda que somente no que se refere à arrecadação de receita), proporcionando com isto uma maior eficiência na apuração e cobrança e diminuindo o custo tanto do Estado (que deixaria de custear dois sistemas para o mesmo fim), quanto para as entidades

[25] V. Plano Nacional de Reforma (2016, p. 42)
[26] A depender de futuro estudo sobre impactos económicos.

empregadoras (que deixariam de cumprir com uma série de obrigações declarativas repetitivas, contribuindo assim com redução de custos de contexto). Tudo isto em linha com a tendência da maioria dos países europeus.

Neste sentido Miguel Ángel Garcia Díaz y Jesús Ruiz-Huerta Carbonell[27] demonstram que no período entre 1995 a 2010, entre os países da UE-15, houve uma alteração na composição da estrutura do financiamento da segurança social: onde as contribuições e quotizações que representavam 63,8% passaram a representar 55,3% do total da fonte de financiamento e em contrapartida os impostos tiveram um aumento na participação do financiamento da segurança social, uma vez que representavam em 1995 32,2% e passaram a representar 41,1% em 2010.

Entendemos que traçar nestas breves linhas uma proposta desta envergadura deixam mais perguntas do que respostas, porém, a limitação de espaço inerente ao tipo de trabalho que nos foi exigido não nos deixa alternativa.

Conclusão

Após as linhas iniciais que demonstram que nosso modelo de financiamento pautado no regime de repartição e no princípio da adequação seletiva, apresenta-se demasiado dependente do equilíbrio geracional e do mercado de trabalho; observamos que o atual modelo para além de ser afetado com o fenómeno do duplo envelhecimento também sofre influência negativa da baixa empregabilidade em cenário de baixo crescimento económico.

Buscamos ainda demonstrar que a manutenção do atual modelo de financiamento do regime geral causa um impacto negativo no custo do fator trabalho como meio de produção e ainda, impacto no custo de contexto o que em nada contribui para o necessário ganho de competitividade das empresas portuguesas.

Tendo em conta que a recuperação económica deve ser a principal via para a sustentabilidade da segurança social, uma vez que uma economia em crescimento contribui na obtenção da receita fiscal, proporciona empregabilidade, melhora a remuneração do trabalho, tornando o país mais atrativo para os imigrantes; fatores

27 CARBONELL, Jesús Ruiz-Herta, [at al]. "Estado del Bienestar y sistemas fiscales en Europa." in *Colección Estudios,* n.º 232. Madrid: Conselho Económico y Social España, 2015, p. 230.

que podem solucionar o problema do envelhecimento populacional e a dependência do mercado de trabalho do modelo de financiamento do regime geral.

Entendemos que uma reforma através de uma política fiscal dirigida às PME"s através da alteração da forma de contribuição para a segurança social das mesmas, retirando a base de incidência da contribuição da remuneração de seus trabalhadores, transformando-a em um verdadeiro imposto a incidir sobre a receita ilíquida ou lucro, para além de aumentar a competitividade face a diminuição do custo de produção, também se revestiria em uma sólida política de emprego, contrapondo-se às atuais políticas de empregos pontuais e temporárias que não transmite ao empresariado a segurança necessária para fomentar o investimento.

Entendemos ainda que a proposta de alteração irá também contribuir para uma consolidação efetiva da união entre o sistema fiscal e o sistema de segurança social, mais não seja, na parte arrecadatória, promovendo assim tanto uma redução dos custos das entidades empregadoras quanto da própria administração pública.

O avanço da proposta de alteração implicaria uma mudança também de ordem de bases gerais da segurança social, sobre tudo com a flexibilização ou mesmo eliminação do princípio da adequação seletiva que a nosso ver promove um retrocesso em relação aos demais países que com objetivo de tornarem suas empresas mais competitivas e solucionarem o problema do envelhecimento demográfico estão a promover o financiamento da segurança social cada vez mais por impostos do que por contribuições e quotizações sociais. Cabe aqui ressaltar que o princípio da adequação seletiva utilizado somente no controlo da alocação dos recursos visando uma transparência na execução orçamental, guarda importância. Portanto, nossa crítica ao citado princípio se refere à sua utilização como fixador de fonte de recurso para os diferentes sistemas e regimes da Segurança Social, por entendermos que desta forma ele acaba por anular a necessária diversificação de fontes de financiamento.

A manutenção da forma atual de financiamento do regime geral não está em linha com os demais países europeus que cada vez mais buscam diversificar as suas fontes de financiamento através da afetação de receitas fiscais no orçamento da segurança social. Como exemplo, podemos citar o Reino Unido que elevou fortemente

o IVA[28], alocando parte da receita para a segurança social e diminuindo a contribuição da entidade empregadora.

Por fim, a alteração sugerida de transformação da contribuição para a segurança social a cargo da entidade empregadora em um imposto, resolveria ao nível legislativo, uma questão que ainda se debate na doutrina. Revela-se importante, porque, ainda que a jurisprudência dominante já se tenha posicionado quanto à natureza de tributo, não tão pacífico está ainda o tipo tributário (imposto ou contribuição especial) e tampouco se tributo de espécie fiscal ou para-fiscal (extrafiscal); esta pacificação teria importante efeito prático uma vez que transmitiria maior segurança ao contribuinte, pois sua tipificação como imposto (tipo tributário) garantiria a aplicação de todos os princípios e garantias constitucionais e gerais.

Referências Bibliográfica

CABRAL, Nazaré da Costa. *O Orçamento da Segurança Social. Enquadramento da Situação Financeira do Sistema de Segurança Social Português*. Coimbra: Almedina, 2005.

CABRAL, Nazaré da Costa. "A Reforma do Estado Social: Segurança Social." in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*. Ano 6, N.º 1 – Primavera. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 150-173.

CARBONELL, Jesús Ruiz-Herta, [at al]. "Estado del Bienestar y sistemas fiscales en Europa." in *Colección Estudios* n.º 232. Madrid: Conselho Económico y Social España, 2015.

CONCEIÇÃO, Apelles J. B. *Segurança Social. Manual Prático*. 7ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2001.

MESTRE, Bruno. "Reflexões Críticas e Comparadas sobre o Código Contributivo**."** in *Revista de Finanças Pública e Direito Fiscal*, ano 4, n.º 1- Primavera. Coimbra: Almedina, 2011, pp 182-207.

NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social. Princípios Fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

[28] Passou de 11,8% em 1979 para 18,2% em 2000. Para mais vide: MESTRE, Bruno. "Reflexões Críticas e Comparadas sobre o Código Contributivo." In *Revista de Finanças Pública e Direito Fiscal*, ano 4, n.º 1- Primavera. Coimbra: Almedina, (pp 182-207)

PEREIRA, Manuel H. de Freitas [et al.]. *Tributaçao dos rendimentos do trabalho dependente: Relaçao com as contribuiçoes para a Segurança Social.* Porto: Vida económica [etc.], 2000.

QUELHAS, Ana Paula Santos. *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*. Coimbra: Almedina, 2001.

ROCA, Raquel. *KNOWMADS: Los Trabajadores del Futuro*. Madrid: LID, 2015.

SANCHES, J. L. Saldanha. *Manual de Direito Fiscal***.** 3ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

TEIREIRA, Glória. *Manual de Direito Fiscal*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2015

VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal***.** Coimbra: Almedina, 2011.

A infidelidade partidária como causa da debilidade da cidadania no Brasil

Matheus Passos Silva[1]
Márcio Morais de Sousa[2]

Resumo: O objetivo do artigo é o de mostrar que a infidelidade partidária no Brasil acaba por soçobrar a cidadania e, em última instância, os direitos humanos no sistema político-jurídico brasileiro, visto que o fato contribui para o surgimento de verdadeiro déficit de representação do cidadão junto ao Estado. Para atingir este objetivo o artigo se divide em três seções principais. Na primeira é apresentada a legislação brasileira referente ao tema, apresentando-se tanto os aspectos constitucionais quanto infraconstitucionais do sistema partidário e de representação política do cidadão. Em seguida, a segunda parte traz a realidade prática do sistema político-partidário brasileiro, apresentando-se ao leitor as práticas político-partidárias desenvolvidas pelos parlamentares brasileiros que acabam por contribuir para com a falta de representação do cidadão. Por fim, a terceira parte apresenta uma possível solução para o problema, qual seja, a de implantação do sistema de lista fechada, por um lado, e do estabelecimento de critérios fundados no dever fundamental de participação política por parte do cidadão, por outro. A metodologia utilizada no artigo é primordialmente bibliográfica, complementada por informações estatísticas referentes aos partidos políticos e à participação política do cidadão brasileiro em geral.

Palavras-chave: democracia, cidadania, direitos humanos, partidos políticos, fidelidade partidária.

Abstract: The objective of this article is to show that political party loyalty in Brazil ends up weakening citizenship and, ultimately, human rights in the Brazilian political-legal system, since the fact contributes to the emergence of a true deficit in citizen representation within the State. To achieve this goal the article is divided into three main sections. The first presents the Brazilian legislation on the subject, presenting both

[1] Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador voluntário do CEDIS da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Professor no Centro Universitário UniProjeção. Pesquisador CAPES – Proc. Nº 1791/15-0. Currículo disponível em <http://goo.gl/nxFs34>. Contato: matheuspassos@campus.ul.pt.
[2] Mestrando em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Universidade Gama Filho. Diretor Administrativo e Professor no Centro Universitário UniProjeção. Currículo disponível em <http://lattes.cnpq.br/0143175183038608>. Contato: marcio.morais@projecao.br.

constitutional and infra-constitutional aspects of the political party system and political citizen representation. The second part brings the reality of the Brazilian political party system, presenting the reader the political party practices developed by Brazilian parliamentarians which end up contributing towards the lack of citizen representation. Finally, the third part presents a possible solution to the problem, namely the implementation of the closed list system, on the one hand, and the establishment of criteria based on the fundamental duty of political participation by the citizen on the other. The methodology used in the article is primarily literature, complemented by statistical information relating to political parties and political participation of Brazilian citizens in general.

Keywords: democracy, citizenship, human rights, political parties, party loyalty.

INTRODUÇÃO

É inegável que um dos grandes problemas pelos quais passa o Brasil no momento atual[3] seja o da representação política. Por outras palavras, percebe-se que existe grande distância entre eleitos e eleitores, uma distância criada, dentre outros fatores, pela infidelidade partidária decorrente da estrutura dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros, e tal distância se afigura como preocupante em um sistema político-jurídico que constitucionalmente é definido como sendo um Estado democrático de direito.

Desta forma, o objetivo do texto é o de mostrar que a atual configuração da democracia no Brasil – com ênfase na participação popular apenas por meio do voto e na consequente ausência de representação política – impede o completo exercício da cidadania, já que pressupõe, por um lado, um sistema eleitoral que não gera identificação entre eleito e eleitor e, por outro, a ausência do que pode ser chamado de *responsabilidade do cidadão para com a coletividade*.

Ao final, apresentam-se duas propostas que podem contribuir para a melhoria da qualidade da representação em nosso país: o estabelecimento de um sistema eleitoral proporcional de lista fechada e a ressignificação do conceito de cidadania de maneira que o mesmo não seja visto apenas como uma atitude *passiva* do cidadão, mas sim *ativa*, incumbindo-lhe não apenas *direitos*, mas também *deveres* fundamentais.

1. BASES JURÍDICAS DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO

[3] Agosto de 2016.

Segundo o autor americano Samuel Huntington, os séculos XIX e XX viram três momentos principais em que os países deixaram de ser regimes ditatoriais e passaram a ser considerados como democráticos. A perspectiva do autor é que o processo de democratização dos Estados ocorreu em *ondas*, com a primeira tendo ocorrido entre 1828 e 1926, a segunda de 1943 a 1962 e a terceira tendo se iniciado em 1974 e terminado com a democratização dos países do Leste Europeu, já na década de 1990[4].

Tendo surgido em fins da década de 1980, a Constituição da República Federativa do Brasil (doravante *CF*) se enquadra naquilo que Huntington intitulou de *terceira onda de democratização*. Esta perspectiva é bastante visível quando se verifica que o constituinte originário definiu, já no art. 1º da CF, que o Brasil constitui-se em um Estado *democrático* de direito, que culmina com o fato de que "todo o poder emana do povo"[5], conforme o texto presente no parágrafo único deste mesmo artigo.

Para além do mero aspecto legal, vale destacar que a CF fez com que o cidadão brasileiro se tornasse efetivamente o *titular* do poder político, de maneira a fazer com que sua vontade pudesse ser "jurídica e politicamente eficaz"[6] no que diz respeito à definição dos rumos do Estado. É importante, porém, que a análise de tal titularidade seja feita com base não apenas no texto legal, mas também com base em sua *efetividade*, sob o risco de se configurar um sistema democrático que, a despeito de se intitular como tal, acaba por efetivamente não sê-lo[7].

Para tanto o texto constitucional traz, no Capítulo IV do seu Título I, os direitos políticos dos cidadãos brasileiros. Inequivocamente a CF garante que a soberania

---

[4] HUNTINGTON, Samuel P. *A terceira onda*: a democratização no final do século XX. São Paulo: Ática, 1994.

[5] BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Informática. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto consolidado até a Emenda Constitucional n. 91 de 18 de fevereiro de 2016. Brasília: Senado Federal, 2016, p. 5. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/CON1988.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

[6] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 17.

[7] "A análise da democracia [...] se torna incompleta quando o conceito é analisado apenas do ponto de vista formal, ou seja, quando analisado apenas com base na presença ou ausência destas regras [definidas por Norberto Bobbio em seu livro *Dicionário de Política*] no ordenamento jurídico de determinado Estado. A título de exemplo, veja-se o caso brasileiro quando se compara o regime ditatorial anterior à Constituição de 1988 ao regime pós-Constituição de 1988. Comparando-se os dois momentos, e tendo-se em vista apenas as regras acima apresentadas, é possível afirmar que as regras indicadas nos números 5 e 8 [liberdade de expressão e respeito às minorias, respectivamente] não estavam presentes durante o regime militar, enquanto é possível afirmar que no período pós-Constituição todas as regras estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta interpretação [meramente legalista] seria forçoso admitir que o regime pré-1988 era *menos* democrático do que o atual, ainda que não necessariamente uma *completa* ditadura". SILVA, Matheus Passos. A cidadania ativa como mecanismo para o aprofundamento da participação do cidadão. In: MIRANDA, Jorge. *A Constituição no limiar do século XXI*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 210-1.

popular é exercida "pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos", sem menosprezar a possibilidade de participação direta por meio de plebiscitos, referendos e projetos de lei de iniciativa popular[8].

Ainda no âmbito constitucional, é relevante destacar dois dispositivos que dizem respeito diretamente à instituição cuja função é a de representar os cidadãos, qual seja, os *partidos políticos*. É importante destacar a este respeito que no Brasil a democracia representativa funciona com base na atuação dos partidos políticos – é a chamada *democracia partidária*[9] –, o que se depreende do inciso V do § 3º do art. 14 quando este mecanismo impõe, como critério de elegibilidade, a filiação partidária. Por sua vez, o art. 17 e §§ da CF trazem que qualquer cidadão pode criar um partido político, desde que atendidos determinados pré-requisitos para sua formação[10].

A importância dos partidos políticos na representação do cidadão é reforçada na legislação infraconstitucional brasileira. Destacam-se, neste sentido, a Lei nº 4.737/65 (doravante *Código Eleitoral Brasileiro*); a Lei nº 9.096/95 (doravante *Lei dos Partidos Políticos*); e, por fim, a Lei nº 9.504/97 (doravante *Lei das Eleições*)[11]. Chama-se aqui a atenção para os artigos 106 a 113 do *Código Eleitoral Brasileiro*, que trazem em detalhes os cálculos dos quocientes eleitoral e partidário, reforçando o fato de que a representação no Brasil é feita pelos partidos políticos. Por sua vez, a *Lei dos Partidos Políticos* traz em detalhes, entre os artigos 7º e 11, todos os pré-requisitos para que um cidadão brasileiro possa criar um novo partido político. Por fim, importa aqui ressaltar que a *Lei das Eleições* traz, em seu art. 6º, a definição das coligações partidárias[12],

---

[8] BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Informática. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto consolidado até a Emenda Constitucional n. 91 de 18 de fevereiro de 2016. Brasília: Senado Federal, 2016, p. 8. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/CON1988.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

[9] Acerca das principais características da democracia partidária da atualidade ver MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002, p. 206-18.

[10] BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Informática. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto consolidado até a Emenda Constitucional n. 91 de 18 de fevereiro de 2016. Brasília: Senado Federal, 2016, p. 8-9. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/CON1988.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

[11] Importa aqui destacar que todas essas legislações foram alteradas pela Lei nº 13.165/15, a chamada *Lei da Minirreforma Eleitoral*.

[12] As quais podem ser consideradas como inconstitucionais no caso brasileiro. Sobre o tema ver SILVA, Matheus Passos. A inconstitucionalidade da temporalidade das coligações partidárias no atual quadro jurídico brasileiro. *Revista Estudos Eleitorais*, v. 10, n. 2, mai/ago 2015. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2015, p. 130-153. Disponível em <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_n10_v2_2015.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

elemento de fundamental importância quando se considera as ideias de participação e de representação política no Brasil.

Como se pode perceber pelo esboço acima apresentado, a legislação brasileira – tanto a constitucional quanto a infraconstitucional – apresenta explicitamente a ideia de que as decisões tomadas pelo Estado brasileiro precisam refletir a vontade popular. Nesta perspectiva vislumbra-se claramente o fato de que a participação se configura como verdadeiro direito fundamental do cidadão brasileiro, o qual é exercido primariamente pela realização de eleições periódicas e, secundariamente, pela possibilidade de participação em plebiscitos, referendos e em processos de lei de iniciativa popular[13].

2. A REALIDADE PRÁTICA DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL

A despeito de todo o arcabouço jurídico estabelecido no Brasil a partir da CF, o que se percebe na prática é que a participação política do cidadão brasileiro é reduzida ao mero voto em eleições periódicas, o que traz consequências negativas no que diz respeito à representação política e, em última instância, à concretização da cidadania no país. Da mesma forma, parece ser possível afirmar que a ideia de democracia no Brasil é vinculada muito mais a um *ideal ético-moral* – que por sua vez se configura como sendo extremamente abstrato – do que a verdadeiro mecanismo jurídico com "conteúdo normativo e juridicidade inerente"[14] que, inclusive, permita a exigência de seu cumprimento por parte do cidadão.

Em relação ao primeiro aspecto, é importante chamar a atenção para a constante diminuição no interesse do cidadão em participar politicamente pela via eleitoral, o que se configura como extremamente danoso para o desenvolvimento da cidadania. Nesta perspectiva torna-se interessante trazer a classificação feita por Moreira Neto, citado por

[13] Fala-se aqui especificamente da participação política de cunho eleitoral, ainda que existam outras normas constitucionais – como o inciso II do artigo 204 da CF, por exemplo – que dão abertura à participação do cidadão por outros mecanismos que não apenas a esfera eleitoral. Como estes se situam para além do escopo deste artigo, os mesmos não serão aqui analisados em profundidade – ainda que seja possível dizer, em uma primeira aproximação, que tais mecanismos sofrem dos mesmos problemas referentes à (falta de) participação de cunho eleitoral.

[14] SANTOS, Braulio de Magalhães; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Notas para um debate principioló gico sobre participação à luz de uma teoria democrática. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-30, jul./dez. 2011, p. 11. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/1220/1315>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

Santos e Magalhães[15], em que o autor identifica três graus diferentes no que diz respeito à não participação do cidadão: a *apatia política*, a *abulia política* e a *acracia política*.

O primeiro tipo de não participação – a *apatia política* – se caracteriza por verdadeira falta de estímulo para o envolvimento do cidadão com a *res publica*. Como o cidadão não vê a existência de canais disponíveis para a verdadeira representação de suas demandas em relação ao Estado, passa a demonstrar desinteresse por esta esfera de participação. Como não há interlocução direta entre o cidadão e o Estado, o primeiro se desinteressa e opta por não participar politicamente.

Por sua vez, a *abulia política* se caracteriza pelo fato de o cidadão não acreditar que suas demandas efetivamente determinem a atuação da Administração Pública – isto partindo-se da ideia de que tais demandas sejam ouvidas por esta Administração Pública. Sintetiza-se na ideia de que "diante da verificação que sua participação não se efetiva, não se tem estímulo e não se vê resultados, logo, não se participa"[16].

Por fim, a *acracia política* diz respeito à falta de conhecimento do próprio cidadão – em termos de educação formal –, o que faz com que o mesmo não tenha condições de formular demandas e apresentá-las junto aos seus representantes. Dado o excessivo formalismo da máquina pública, o cidadão, por desconhecer o funcionamento da mesma, acaba por se sentir desestimulado em participar politicamente.

É possível afirmar que estes três *tipos* de desinteresse na participação política estão presentes no caso brasileiro. Infere-se tal conclusão a partir de dados quantitativos referentes à participação nas últimas eleições gerais realizadas no Brasil, em 2014: nestas eleições viu-se o nível mais alto de abstenções desde as eleições de 1998, com 19,4% do eleitorado não participando no dia da votação. Da mesma forma, os votos em branco e nulos nesta eleição – que, conforme os artigos 2º, 3º e 5º da *Lei das Eleições*, são considerados como *votos inválidos*, sendo portanto desconsiderados dos cálculos eleitorais – somaram 9,6% do total. Em resumo, tem-se que 27,1% dos cidadãos aptos

[15] SANTOS, Braulio de Magalhães; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Notas para um debate principioló gico sobre participação à luz de uma teoria democrática. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-30, jul./dez. 2011, p. 7-8. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/1220/1315>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

[16] SANTOS, Braulio de Magalhães; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Notas para um debate principioló gico sobre participação à luz de uma teoria democrática. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-30, jul./dez. 2011, p. 8. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/1220/1315>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

a votar não o fizeram, o que é um número elevado em um sistema político-jurídico em que o voto é obrigatório[17].

O segundo aspecto relevante no que diz respeito à não participação do cidadão devido ao atual arranjo político-jurídico no Brasil se relaciona ao entendimento de que a cidadania se limita à existência da *possibilidade* de participação, não exigindo a *efetiva* participação – e principalmente dispensando o efetivo *envolvimento* – do cidadão com a coisa pública.

A ideia de cidadania pode ser compreendida de duas maneiras distintas. Uma delas, de aspecto mais técnico – por isso mesmo compreendida aqui como cidadania em sentido *restrito* – diz respeito ao direito subjetivo público vinculado à seara eleitoral. Em outras palavras, diz-se *cidadão*, em sentido restrito, à pessoa detentora de direitos políticos, conforme os requisitos presentes no art. 14, § 3º da CF. Em resumo, no caso brasileiro, cidadão nesta acepção é a *pessoa que possui o título de eleitor*.

Por sua vez, a ideia de cidadania possui um sentido *amplo*, "em que denota o próprio direito à vida digna em sentido pleno, abarcando os direitos fundamentais civis, políticos e sociais"[18]. Por outras palavras, entende-se por cidadão neste sentido amplo a própria pessoa como tal, independentemente de estar alistada ou não como eleitora, em uma perspectiva que se vincula, em termos principiológicos, à própria dignidade humana.

Tradicionalmente, a doutrina político-jurídica que estuda a participação, a representação política e, em última instância, a democracia, vincula a ideia de cidadania ao sentido restrito. É inclusive desta forma que a própria democracia é comumente definida, quando se diz, de maneira reducionista, que a democracia é o "governo do povo" e que o povo exerce seu poder político *primordialmente* (quiçá *exclusivamente*) por meio do voto[19]. Por outras palavras, tendo o cidadão o *direito* de votar, considera-se que estão garantidas não apenas a participação mas também o próprio regime democrático[20], independentemente do real exercício deste direito pelo cidadão.

---

[17] SILVA, Matheus Passos. A cidadania ativa como mecanismo para o aprofundamento da participação do cidadão. In: MIRANDA, Jorge. *A Constituição no limiar do século XXI*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 227.
[18] GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 97.
[19] Ainda que existam outros mecanismos para a participação do cidadão, é inegável a associação clara, não apenas na doutrina, mas também no "imaginário popular", entre democracia e eleições – o que, se não está tecnicamente errado, apresenta-se claramente como insuficiente para a definição deste conceito.
[20] É este o sentido que Bobbio indica existir na literatura liberal sobre a democracia e a participação política. Segundo o autor italiano, "nesta concepção liberal da Democracia, a participação do poder político, que sempre foi considerada o elemento caracterizante do regime democrático, é resolvida através de *uma das muitas liberdades individuais* que o cidadão reivindicou e conquistou contra o Estado absoluto. A participação é também redefinida como manifestação daquela liberdade particular que indo além do direito

Considera-se esta visão como reducionista porque ela acaba por *limitar* a participação ao (direito de) voto. Por outras palavras, passa-se a considerar que se o cidadão possui tal direito, por um lado, e que se existem condições para o exercício do direito – basicamente a liberdade de expressão e a realização de eleições periódicas –, a participação e a democracia estariam *automaticamente* garantidas, concretizando-se o direito fundamental à cidadania. Contudo, como se viu anteriormente, os índices de participação política por vias eleitorais têm diminuído cada vez mais, o que significa dizer que não se pode considerar a *não participação* como exercício da cidadania – especialmente quando se considera que esta precisa ser compreendida sob a perspectiva ampla, e não restrita, se se quer falar em garantia da dignidade humana.

3. POSSIBILIDADE DE MUDANÇA: A LISTA FECHADA E O DEVER FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO

A alteração da situação atual, caracterizada por verdadeiro *descolamento* entre eleito e eleitor, passa necessariamente por dois pontos centrais: de um lado é necessário reforçar o caráter representativo dos partidos políticos, já que são estas instituições que representam o cidadão. Por outro lado, é necessário compreender que a participação política do cidadão para além do período eleitoral é fundamental para o desenvolvimento da cidadania não devido a algum embasamento ético ou moral, mas sim por ser um verdadeiro *dever fundamental* do cidadão para com a coletividade.

No que diz respeito ao primeiro ponto, defende-se a alteração do sistema de escolha das listas eleitorais do atual sistema de lista aberta para o sistema de lista fechada. Gomes define o sistema de lista aberta como aquele sistema eleitoral em que "são os eleitores que definem quais são os candidatos eleitos dentre os integrantes da lista apresentada pelo partido"[21]. Significa dizer que as vagas conquistadas pelos partidos serão preenchidas conforme a classificação dos candidatos na lista partidária, classificação esta, por sua vez, que é dependente do número de votos que cada

---

de exprimir a própria opinião, de reunir-se ou de associar-se para influir na política do país, compreende ainda o direito de eleger representantes para o Parlamento e de ser eleito. [...] Na concepção liberal da Democracia, o destaque é posto mais sobre o *mero fato da participação* como acontece na concepção pura da Democracia (também chamada participacionista), com a ressalva de que esta participação seja livre, isto é , seja uma expressão e um resultado de todas as outras liberdades". Ver BOBBIO, Norberto. Verbete "democracia". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998, p. 324, grifo nosso.

[21] GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 200.

candidato recebeu individualmente – ou seja, são os candidatos mais votados que ocuparão as vagas atribuídas ao partido.

Por sua vez, a lista fechada corresponde ao sistema em que "a ordem dos candidatos é concebida e apresentada pelos seus respectivos partidos, sendo essa ordem inalterável pela votação dos eleitores"[22]. Por outras palavras, são os próprios partidos políticos, em momento prévio à eleição, que definirão a ordem em que os candidatos serão registrados em suas respectivas listas partidárias, estando eleitos aqueles candidatos que estiverem nas primeiras posições da lista independentemente do número de votos individualmente recebidos. Por outras palavras, na lista fechada o cidadão vota exclusivamente em um partido político e não em um candidato.

Há uma grande resistência à implantação da lista fechada no Brasil, ainda que tal resistência seja apresentada de maneira vaga no discurso político-jurídico brasileiro. Argumenta-se, dentre outros aspectos, que a lista fechada, se aplicada ao Brasil, apenas favoreceria – ou antes, reforçaria – o poder político dos chamados *caciques partidários*, ou seja, daquelas figuras que tradicionalmente *mandam no partido político*. Argumenta-se que com a lista fechada tais *caciques* colocar-se-iam constantemente nos primeiros lugares da lista, de maneira a sempre virem a ser eleitos, já que não mais dependeriam do voto popular para atingirem seus objetivos eleitorais.

Não há como negar o fato de que a lista fechada favorece tal arranjo intrapartidário, e talvez seja mesmo possível afirmar que sua implantação no Brasil apenas aprofundaria a dominação que tais lideranças já exercem. Contudo, importa considerar o fato de que o atual sistema de lista aberta parece trazer mais prejuízos que benefícios ao sistema representativo brasileiro, de maneira que uma eventual relação *custo x benefício* parece pender a favor da aplicação da lista fechada no caso brasileiro.

Dentre tais prejuízos, destaca-se que a lista aberta acaba por gerar disputas entre os candidatos dentro do mesmo partido ou coligação – o que encarece ainda mais as campanhas –, já que eles estão disputando os votos do eleitor para serem mais bem colocados no resultado final; a lista aberta gera baixa representatividade, já que os cálculos eleitorais permitem que candidatos nominalmente menos votados sejam eleitos em detrimento de outros que nominalmente tenham obtido mais votos[23]; e ainda, nas

[22] GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 200.

[23] A respeito da falta de representatividade, registrem-se duas situações específicas. A primeira delas diz respeito aos cálculos dos quocientes eleitoral e partidário, que permitem que um candidato com 275 votos no estado de São Paulo – o mais populoso do Brasil – tenha sido eleito deputado federal em 1998. A segunda, talvez ainda mais absurda, seja a possibilidade dada a candidatos que não obtêm nenhum único

eleições pela lista aberta as campanhas ficam extremamente centradas nos candidatos e não nos partidos, o que gera extrema personalização de um lado e contribui para o contínuo enfraquecimento das plataformas partidárias por outro[24].

Por outro lado, destaca-se o fato de que no sistema de lista fechada fica claro para o cidadão quem o representa – no caso, o partido político. No sistema atual de lista aberta a representação também é feita *oficialmente* pelos partidos políticos, mas poucos são os cidadãos que têm consciência de tal fato – basta ver neste sentido o número de votos obtidos *pelos partidos*, ou seja, o voto em legenda, em comparação ao número de votos obtidos diretamente pelos candidatos. Nesta perspectiva, o que ocorre na realidade é que o cidadão vota *em candidatos* e não *em partidos*, segundo uma lógica inerente ao sistema eleitoral majoritário, mas aplicando tal lógica em um sistema eleitoral proporcional. O resultado não pode ser outro que não a eleição da maioria absoluta dos deputados federais por meio da transferência de votos[25], o que vem a fragilizar o vínculo de representatividade entre eleito e eleitor.

Por outro lado, em um sistema de lista fechada o cidadão teria a certeza do destino do seu voto, o que favoreceria sua posterior atuação de fiscalização das ações do partido político, já que este modelo gera, por excelência, uma representação partidarizada, na qual haveria clara associação entre a divulgação de determinada doutrina política e sua correspondente defesa, dentro e fora do Parlamento, pelo partido político – isto sem desconsiderar o fato de que a representação partidarizada é, sem sombra de dúvidas, o modelo ideal em um modelo de democracia que se define como *partidária*.

Por sua vez, importa chamar a atenção para o fato de que a busca pela melhoria da qualidade da representação política no Brasil deve se realizar não apenas pelo aspecto institucional – entendendo-se aqui a mudança no sistema eleitoral que afetaria diretamente os partidos políticos –, mas também é necessário que o cidadão tenha a consciência de que o exercício da cidadania pressupõe não apenas *direitos*, mas também *deveres*, inclusive fundamentais.

---

voto e, mesmo assim, são eleitos. As situações estão em MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1219.

[24] NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. *Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos*. V. 4, n. 7, jan-jun 2015, p. 108. Neste mesmo sentido o autor afirma, à pág. 109, que "é sintomático que a legislação obrigue os candidatos a apresentar o seu partido no material durante o horário de propaganda eleitoral", de maneira a mostrar que se assim não o fosse talvez os candidatos apresentar-se-iam apenas, e não aos seus respectivos partidos.

[25] SARDINHA, Edson. No impeachment, só 34 eleitos com os próprios votos. In: *Congresso em Foco*. 22 de abril de 2016. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/so-35-deputados-se-elegeram-com-a-propria-votacao>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

Significa dizer que a cidadania se caracteriza pelo *usufruto*, por parte do cidadão, de prestações oriundas de outrem (sejam cidadãos, seja o Estado), mas também pelo *contributo*, por parte deste mesmo cidadão, de prestações em prol da coletividade. Ora, "entender que a cidadania é apenas um *direito* fundamental a ser exercido pelo cidadão *quando este quiser* parece ser um entendimento limitado e superficial do próprio conceito de cidadania"[26]; nesta perspectiva é fundamental compreender que a cidadania se fundamenta também nos *deveres fundamentais* que precisam ser cumpridos pelo cidadão.

Conforme Miranda, os deveres fundamentais estão diretamente vinculados a situações jurídicas que são impostas às pessoas pelo Estado ou ainda por parte de alguns cidadãos sobre outros correspondendo necessariamente a prestações jurídicas que são feitas pelos próprios cidadãos *em nome da coletividade*[27]. Ora, sendo o ser humano um ser gregário e vivendo junto a outros de sua espécie, é de se esperar que suas ações causem reflexo na vida de outros. É nesta perspectiva que surge o *dever fundamental de participação política*, o qual se configura como uma prestação jurídica que deve o cidadão realizar em benefício não apenas próprio, mas também da coletividade da qual faz parte.

Tal dever fundamental, contudo, *não deve se confundir com a obrigatoriedade de votar*, conforme atualmente se configura a legislação eleitoral brasileira. O que se propõe aqui é algo que vai *além* do mero direito-dever de comparecimento periódico às urnas, ou seja, do sufrágio: "se a vida em coletividade pressupõe ações individuais que transcendam ao próprio indivíduo, parece ser razoável exigir, na forma de um dever fundamental, que o indivíduo se preocupe não apenas com sua vida privada e particular mas também com a esfera pública"[28].

Nesta perspectiva, torna-se necessária a criação de mecanismos jurídicos que permitam a exigência como um dever fundamental – e não como uma atitude ética ou

[26] SILVA, Matheus Passos. Do direito de votar ao dever de participar: uma proposta para a melhoria da qualidade da democracia brasileira. *Revista Estudos Eleitorais*, v. 11, n. 1, jan/abr 2016. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2016, p. 98. Disponível em <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_n11_v1_2016.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

[27] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 92, grifo nosso.

[28] SILVA, Matheus Passos. Do direito de votar ao dever de participar: uma proposta para a melhoria da qualidade da democracia brasileira. *Revista Estudos Eleitorais*, v. 11, n. 1, jan/abr 2016. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2016, p. 110. Disponível em <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_n11_v1_2016.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

moralmente recomendada – de ações do cidadão de maneira que este se utilize dos próprios elementos já presentes na CF e que permitem o cumprimento deste dever fundamental no período não eleitoral. Dentre estes elementos já existentes destacam-se: a) a possibilidade de peticionar os poderes públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) o exercício do mandado de injunção; c) a possibilidade de ação popular; d) a participação *efetiva* de trabalhadores e empregadores em colegiados de órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; e) a fiscalização do contribuinte das contas de seu município; f) a participação do usuário na administração pública; g) a realização de denúncia perante o Tribunal de Contas acerca de qualquer irregularidade ou ilegalidade sobre o uso, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração do patrimônio público federal; h) a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis[29].

Como se pode verificar, existem atualmente diversos mecanismos na CF que exigem do cidadão uma participação política efetiva para além do momento eleitoral. Contudo, o que se vislumbra é o *desencantamento* do cidadão com a política, ou ao menos com a política *como ela se configura no momento atual*. E tal desencantamento é perigoso, já que abre espaço para que figuras e propostas *aventureiras* eventualmente capturem o cidadão e o levem a apoiar propostas que podem regredir em termos de proteção dos direitos fundamentais e da própria democracia. Desta forma, acredita-se que a implantação da lista fechada, por um lado, e a exigência do cumprimento do dever fundamental de participação política para além do período eleitoral, por outro, possam ser mecanismos político-jurídicos que levem ao aperfeiçoamento da representação política no caso brasileiro.

CONCLUSÕES

O atual sistema político-jurídico de representação no Brasil, a despeito de estar devidamente estabelecido na legislação constitucional e infraconstitucional, apresenta-se como ineficaz, posto que não consegue concretizar o objetivo para o qual foi criado. Nesta perspectiva, afigura-se a participação política por parte do cidadão como sendo o

[29] LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). *Constituição e democracia*. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 25-7

simples ato de votar, de maneira que o cidadão exerce seu direito-dever de sufrágio escolhendo um representante cujo nome, provavelmente, não será lembrado em poucas semanas após as eleições.

Uma das causas da falência do sistema representativo no Brasil está no atual sistema eleitoral proporcional de lista aberta, com ampla infidelidade partidária, que permite a eleição de candidatos que não possuem o mínimo de representação social e que acabam se distanciando dos seus eleitores, o que causa impacto negativo na própria ideia de participação, em verdadeiro círculo vicioso – o cidadão vota em candidatos, vê outros serem eleitos e sente-se desestimulado a participar por meio de eleições, ao mesmo tempo em que os eleitos, por se beneficiarem do atual sistema político-jurídico, não propõem mudanças verdadeiras rumo a uma maior representação política.

Dentre as inúmeras possibilidades de mudança existentes, destacam-se duas: em primeiro lugar, a implantação do sistema eleitoral proporcional de lista fechada, objetivando um maior fortalecimento dos partidos políticos brasileiros bem como o estabelecimento de um verdadeiro ponto de referência para o cidadão a respeito de quem efetivamente o representa politicamente. Em segundo lugar, propõe-se a ampliação do conceito de dever fundamental de participação política, de maneira que este deixe de ser entendido como mero ato de votar periodicamente e passe a ser visto como uma verdadeira responsabilidade, inclusive jurídica, que o cidadão tem para com a coletividade. É possível afirmar que esta *reinterpretação* da ideia de participação venha a permitir maior envolvimento do cidadão com a *coisa pública*, o que, em última instância, reforça a própria democracia no Brasil.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Verbete “democracia”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Informática. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto consolidado até a Emenda Constitucional n. 91 de 18 de fevereiro de 2016. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/CON1988.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015*. Altera as Leis n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 — Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HUNTINGTON, Samuel P. *A terceira onda*: a democratização no final do século XX. São Paulo: Ática, 1994.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). *Constituição e democracia*. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2014.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra, 2007.

NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. *Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos*. V. 4, n. 7, jan-jun 2015.

SANTOS, Braulio de Magalhães; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Notas para um debate principioló gico sobre participação à luz de uma teoria democrática. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-30, jul/dez 2011. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/1220/1315>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

SARDINHA, Edson. No impeachment, só 34 eleitos com os próprios votos. In: *Congresso em Foco*. 22 de abril de 2016. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/so-35-deputados-se-elegeram-com-a-propria-votacao>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

SILVA, Matheus Passos. A cidadania ativa como mecanismo para o aprofundamento da participação do cidadão. In: MIRANDA, Jorge. *A Constituição no limiar do século XXI*. Lisboa: AAFDL, 2016.

_____. A inconstitucionalidade da temporalidade das coligações partidárias no atual quadro jurídico brasileiro. *Revista Estudos Eleitorais*, v. 10, n. 2, mai/ago 2015. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2015, pág. 130-153. Disponível em

<http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_n10_v2_2015.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

_____. Do direito de votar ao dever de participar: uma proposta para a melhoria da qualidade da democracia brasileira. *Revista Estudos Eleitorais*, v. 11, n. 1, jan/abr 2016. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2016, pág. 93-116. Disponível em <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_n11_v1_2016.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

Águas turvas: entre os direitos humanos e a detenção em alto-mar

Catarina Araújo Silveira Woyames Pinto[1]

Resumo: Com base em casos da Corte Europeia de Direitos Humanos, em especial no caso *Medvedyev e outros versus França,* esse artigo examina as implicações legais de detenções em alto-mar feitas pelos Estados-membros da União Europeia e, em longo tempo, as consequências desse quadro para a Convenção Europeia de Direitos Humanos e também para o Direito Internacional do Mar. Até porque a segurança no mar representa um tema contemporâneo e de relevância estratégica para a comunidade internacional, principalmente no que diz respeito à *segurança da navegação*. Para tanto, será necessário verificar que direito internacional público, direito internacional marítimo e direitos humanos têm mais semelhanças do que diferenças; não sendo planetas separados que giram em diferentes órbitas.

Palavras-chave: Direito Internacional Marítimo – Direitos Humanos – Tráfico de drogas em alto-mar

Abstract: Comparing cases of European Court of Human Rights, this article examines the legal implications of arrests at high seas made by States of European Union, and over time, the consequences of this framework for the European Convention on Human Rights and also for International Law of the Sea. Also because when we talk about safety at high seas is a contemporary and strategically important issue for the international community, especially with regard to safety of navigation. In order to answer this question is necessary to verify that Public International Law, International Law of the Sea and Human Rights have similarities.

Key words: International Law of the Sea - Human Rights - Drug Smugglers in High Seas

Introdução

A segurança no mar representa um tema contemporâneo e de relevância estratégica para a comunidade internacional, principalmente no que diz respeito à *segurança da navegação*, à repressão aos crimes transnacionais – incluindo a pirataria e o terrorismo marítimo – além de outras questões de segurança não-

[1] Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito de Coimbra. Estágio Erasmus na Faculdade de Direito de Salamanca. Visiting Scholar no Instituto Max Planck de Direito Público. Estágio Erasmus na Faculdade de Direito de Hamburgo. Mestre em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito de Coimbra. Estágio Erasmus na Universidade Paris-II. Consultora jurídica voluntária na Secretaria de Assuntos Legislativos - SAL/MJC. Pesquisadora Visitante na Faculdade de Direito do Porto. E-mail: catarina.woyames@gmail.com.

tradicionais, tais como a segurança ambiental do transporte marítimo e o resgate e salvamento em caso de acidentes no mar.

O comércio ilegal em alto-mar é um crime antigo, que acompanha o desenvolvimento do comércio marítimo desde a sua origem. Existe há mais 3000 anos, sendo que as referências a tal prática encontram-se em textos como Ilíada ou mesmo na Odisseia. Para ter-se como exemplo, em 78 a.C., Júlio César foi sequestrado por piratas e teve de pagar um resgate para a sua libertação

Já o tráfico de drogas, tem sido um fenômeno crescente nos últimos anos, resultando em uma enxurrada de atividades para o seu combate, tais como a adoção de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (UNSCRs), o aumento das forças navais internacionais, o patrulhamento de alto risco águas, entre outras medidas.

Com um número cada vez maior de Estados envolvidos na determinação e interrupção dos ataques, há uma necessidade de delinear as obrigações no que diz respeito aos Direitos Humanos ao se envolverem em operações de combate a este ato, para que suspeitos deste crime sejam tratados de acordo com as normas de direitos humanos e de direito internacional.

Através deste artigo analisar-se-á a o tráfico de drogas em alto-mar como situado dentro da lei internacional ao abordar a aplicação dos tratados de Direitos Humanos, e questões como a *detenção,* sendo que, as outras formas, como direito de asilo, não repulsão, e a transferência de piratas a países terceiros, por uma questão de delimitação do tema, não estarão no trabalho «somente a título ilustrativo». Enquanto permanece a ambiguidade em relação às obrigações dos Estados que lidam com os suspeitos de crimes cometidos em alto-mar, a jurisprudência existente fornece algumas orientações. No entanto, outros fatores, tais como processos políticos e a conveniência, às vezes precedência sobre a proteção e *realização dos direitos humanos*. Além disso, por vezes as leis de direitos humanos são percebidas como limitadoras à capacidade das forças internacionais para combater atos criminosos - *e não são*.

1. Direitos humanos da perspectiva do Direito Internacional do Mar

O Direito Internacional do Mar é um dos ramos mais antigos do Direito Internacional[2]. Permanece o quadro talhado por Hugo Grotius, que proveu o que

[2] "Sem ser inteiramente exacta nem obedecer a excessiva preocupação de rigor na cronologia, a anotação final de Mello Freire tem um fundo verdadeiro. Diversos textos do Corpus Juris Civilis

conhecemos por direito internacional como um todo. Nesse sentido: "the law of the sea, including admiralty law, is as old as humanity´s use of the sea and yet little attention has devoted to its humanitarian customary practices and codes."[3] Dando continuidade ao mesmo pensamento: "Many scholars, who have commented on the origins of modern international law, trace its origins to Grotiu´s Mare Liberum, which itself defines the law of the sea as one of the original fields of international law."[4]

Para dirimir tal problemática de adjudicação, as Cortes e os Tribunais [5] chamam para decidir as disputas de acordo com o artigo 293º da Convenção de Direito do Mar de Montego Bay: "under which the law applicable to them consists of the Convention and other rules of international law not incompaticle with it".[6]

Alguns casos recentes da Corte Europeia de Direitos Humanos reforçam a necessidade de alargar as perspectivas relacionadas a estes ramos especializados que, ao estudá-los mais profundamente, percebe-se que são complementares e não se deve excluir um, para estudar o outro.[7]

---

reconheciam com efeito ao Estado o que poderá ser hoje qualificado como um domínio sobre as àguas do litoral, nas quais lhe pertencia regular o exercício da pesca e conceder o exclusivo de percar (locatio puscatus); e, no alto mar, genéricos poderes de policiamento com vista a reprimir a pirataria e a assegurar a liberdade de navegação". GUEDES, Armando M. *Marques. Direito do Ma*r. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p.16

[3] Oxman, B.H. "Human Rigths and the United Nations Convention on the Law of the Sea". *Politics, values and functions, International Law in the 21st Century, Essays in Honor of Professor louis Henkin.* Haia: The Kluwer Law International, 1997.p.377.

[4] Cacciaguidi-Fahy, Sophie. "The law of the Sea and Human Rights". *Siri Lanka Law Review*, 2007,p.85-86.

[5] The LOS Convention is not a "human rights instrument", *per se*. Its main objectives, like those of the Law of the Sea in general, are diferente. The concerns for humans beings, which lie at the core of human rights concerts, are presente in the texture of its provisions. Upon cursory analysis, one may recall provisions about assistance to persons or ships in distress, the obligation of rescue, and the exception to the rule against stopping and anchoring during innocent passage "for the purpose of rending assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress. TREVES, Tullio. "Human Rights and the Law of the Sea". *Berkeley Journal of Law*, nº 28, 2010,p 300.

[6] The Convention as a whole seeks to advance the interests of humanity by establishing a legal order for the seas and oceans which will facilitate international communication, and will promote the peaceful uses of the seas and oceans, the equitable and eficiente utilization of their resources, the conversation of their resources, and the study, protection and preservation of the marine environment and by contributing to the realization of just and equitable international economic order which takes into account the interest and needs of makind as a whole. Oxman, B.H. "Human Rigths and the United Nations Convention on the Law of the Sea". *Politics, values and functions, International Law in the 21st Century, Essays in Honor of Professor louis Henkin.* Haia: The Kluwer Law International, 1997,p.382.

[7] Courts use multiple tools to incorporate human rights law into cases that fall within the LOS Convention. In Saiga judment, the Tribunal justified integration international law beyond the scope of the Convention by making reference to Article 293 of the LOS Convention, which explicity permits the application of other rules of internacional law not incompatible with the Convention. It may be added that additional instruments for incorporationg rules and principles of human rights law into the Law of the Sea contexto rest in Article 31, paragraph 3 (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Under this provision, in interpreting a treaty, there shall be taken into account, together with the

Após tais considerações iniciais, cabe esclarecer que o objetivo principal do trabalho é a compreensão de como funciona o tráfico internacional de drogas em alto-mar hoje e o que o direito internacional dispõe sobre este crime naquilo que diz respeito ao combate e a prevenção de ataques e também, enumerar que as possíveis punições sejam feitas em consonância com os direitos humanos.[8]

No caso *Medvedyev versus França*, de 2010, os suspeitos, do Camboja, foram posteriormente condenados na França por crimes de contrabando de drogas e interpuseram um recurso para o Tribunal Europeu de Direitos do Homem questionando a legalidade de sua detenção no mar e o atraso envolvido em trazê-los perante o Tribunal nos termos dos artigos 5º (1) e (3) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.[9] Anteriormente, o caso *Rigopoulos*, envolveu, igualmente, uma interdição de traficantes de drogas e uma viagem de 16 dias ao porto. E neste caso, o Tribunal considerou que tais atrasos, em que fosse materialmente impossível evitar, não violaria o artigo 5º. *Em Medvedyev*, no entanto, uma violação do artigo 5º (1) foi encontrada.[10]

---

context... any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. Leaving aside the complex discussion this provision raises, it can be observed that many conventional human rights rules may become relevant in interpreting the LOS Convention. TREVES, Tullio. "Human Rights and the Law of the Sea". *Berkeley Journal of Law*, nº 28 Berkeley: 2010,p.6.

[8] The basic protetions of the rights of detained persons are found in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. These instruments were adopted to promote the dignity of all human beings, including persons accused of crime. Indeed, persons accused of crime are provided specific protection: they are also protection: they are guaranteed the rights to a fair trial, to the presuption of innocence and to appeal of any conviction. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Centre for Human Rights, Crime Prevention and Criminal Justice Branch. Human Rigths and Pre-trial Detention: a Handbook of International Standards relating to Pre-trial Detention. Nova York: Oxford Publishers,1994.

[9] O Professor Doutor Pedro Caeiro, nesse sentido: "a regra da universalidade, ou da aplicação universal, pode ser compreender-se de várias maneiras. Como ponto de partida, adoptaremos uma definição formal, que nos dará a sua expressão mais lata: trata-se da regra que estende o poder punitivo do Estado a factos extraterritoriais, independentementeda nacionalidade do agente ou da vítima e da concreta titularidade ou localização dos bens jurídicos ofendidos (por aí se disntinguindo da regra da defesa dos interesses nacionais) (...) Nesses casos, atendendo à radicação trans-estatal ou, ao menos, internacional dos bens jurídicos protegidos, a construção do âmbito de eficácia das normas materiais a partir da categoria do território não faz sentido. Em rigor, não deveria esta expressão costuma ser utilizada para significar uma pretensão punitiva do Estado, ordenada à satisfação de interesses próprios, em relação a factos que, por serem praticados no estrangeiro, exorbitam do âmbito onde a sua prevenção e repressão é naturalmente requerida. Ora, não é isso que se verifica quando o Estado, ao abrigo de um poder jurídico-internacionalmente legítimo (não importa se no exercício de um direito ou no cumprimento de um dever), afirma a sua jurisdição sobre crimes internacionais praticados fora do seu território: o Estado age aí, por assim dizer, numa veste diferente, porque actua com vista à proteção de uma outra comunidade (a internacional), para a qual se requer, não a exclusividade típica da jurisdição estatal, mas sim a colaboração de vários titulares." CAEIRO, Pedro. Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado. O caso português. Coimbra:Wolters Kluwer, 2010, p.244.

[10] A França recorreu ao Tribunal, e a decisão foi proferida em 29 de Março de 2010. A Grande Seção foi realizada e, por unanimidade, decidiu que os alegantes estavam dentro da jurisdição da França.

A dificuldade para a França em designar se o artigo 5º (1) foi detenção arbitrária ou não, surgiu do fato de que sua legislação interna no momento que estava cobrindo interdições de drogas no mar foi projetada apenas para implementar interdições autorizadas por um Estado de bandeira, nos termos da Convenção de Entorpecentes de 1988 das Nações Unidas, dos quais o Camboja não era uma parte. O Camboja nem era parte para a Convenção de Direito do Mar de Montego Bay. A única base legal para a ação francesa era uma troca de notas diplomáticas. A análise da Grande Seção foi essencialmente preocupada com duas questões: *a de que não havia autoridade jurídica clara para a ação*, quer no direito francês ou o direito internacional; e que *a lei em questão satisfez uma qualidade de previsibilidade*; ou seja, que aqueles a quem foi aplicada poderia ter previsto a sua aplicação.[11]

A Grande Seção aceitou que a nota diplomática era uma fonte de direito internacional capaz de justificar a interdição francesa. A nota não fez, no entanto, suficientemente especificar claramente o *direito de deter a tripulação*. Concedeu poder apenas para *interceptar, fiscalizar e tomar medidas legais contra* o navio.[12]

A nota diplomática foi considerada como sendo deficiente por não autorizar expressamente a detenção da tripulação. O Tribunal, em 2008, considerou que a detenção foi arbitrária tanto como as disposições invocadas do direito francês e internacional não conseguiu: regular as condições de privação de liberdade a bordo do navio, e, em particular, a possibilidade de os interessados entrar em contato com um advogado ou um membro da família.[13] Também não colocou a detenção sob a supervisão de uma autoridade judicial. Preocupações semelhantes foram

---

Mantida por 10 votos a 7, a decisão que tinha havido uma violação do artigo 5º (1); e negou (por 9 votos a 8) a alegação de que houve uma violação do artigo 5 º (3). O foco aqui será sobre as questões de jurisdição e do artigo 5º. Sem mais, concluiu que as forças especiais francesas a bordo do navio Winner constituiu um exercício de jurisdição envolvendo a Corte. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Medvedyev* versus França Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97979#{"itemid":["001-97979"]}. Data de acesso: 20 de fevereiro de 2016.

[11] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Medvedyev* versus França Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97979#{"itemid":["001-97979"]}. Data de acesso: 20 de fevereiro de 2016.

[12] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Medvedyev* versus França Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97979#{"itemid":["001-97979"]}. Data de acesso: 20 de fevereiro de 2016.

[13] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Medvedyev* versus França Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97979#{"itemid":["001-97979"]}. Data de acesso: 20 de fevereiro de 2016.

encontradas nos 8 juízes, discutindo se havia estrita aplicação dos artigos 5º (1) e (3) a interdições marítimas, especialmente em matéria de supervisão judicial da detenção, notificação de detenção de membros da família e acesso a aconselhamento legal - todos os quais aparentemente foram disponibilizados no mar no caso *Rigopolous.*

2. A União Europeia e a detenção de suspeitos em alto-mar

A liberdade em alto-mar decompõe-se em liberdades que a *Convenção de Montego Bay* enumera no artigo 87º, tais como a liberdade de navegação, liberdade de sobrevoo, liberdade de pesca, liberdade de colocação de cabos e pipelines submarinos, liberdade de construção de ilhas artificiais e liberdade de pesquisa científica. Liberdade e segurança são dois valores básicos da nossa sociedade como um todo. A segurança é um sinônimo do direito à vida e à integridade física, ou seja, o primeiro dos direitos fundamentais. Garantir este direito é a principal razão de qualquer Estado. Já no que se refere à liberdade é a essência do ser humano e em vista do qual tem de ser protegida, por isso, repete-se a liberdade e a segurança de forma alguma são valores opostos, realidades incompatíveis, de forma que mais segura implique menos liberdade. Não. A segurança é apenas uma condição indispensável para que a liberdade se possa exercer, ao passo que a liberdade implica uma vivência mais segura e responsável entre os cidadãos. A segurança é a garantia da liberdade e a liberdade é o alicerce da segurança.[14]

Um dos mais significativos casos, no que diz respeito ao comércio ilegal em alto-mar a e à questão da jurisdição universal, foi o julgamento de Thomas Green perante o Tribunal Superior da Escócia, em 1705. Mesmo não havendo qualquer ligação dos fatos com a Escócia, uma vez que o acusado não era escocês nem o era o seu navio, nem as vítimas, e o caso nem havia acontecido naquele país, foi atribuída competência ao Tribunal. Assim sendo, o procurado entendeu que estava perante um crime contra o direito das nações que todos os seres humanos têm

[14] "Alfred Thayler Mahn, o estratega norte-americano, já nos fins do século XIX dizia que o previsível aumento da rapidez das comunicações marítimas multiplicaria e fortaleceria os vínculos e os interesses entre as nações num sistema articulado, não apenas prodigioso, mas também excessivamente sensível e vulnerável. O que tem aplicação nos dias de hoje, pois é muito importante percebermos a vulnerabilidade do sistema actual de circuação e comunicações marítimas, as suas consequencias estratégicas, em especial numa época de terrorismo." OLIVEIRA, Fernando Baptista. *A liberdade de circulação nos mares e as novas ameças. A pirataria marítima e a tutela jurídico penal*. Lisboa: Livraria Petrony, 2010,p.74.

interesse em perseguir. Ou seja, a argumentação da acusação vingou e o processo prosseguiu com sucesso, ao abrigo do princípio da jurisdição universal

Posto isto, em nome da segurança e da liberdade de circulação em alto-mar, além dos processos penais, que são da jurisdição do Tribunal Internacional do Mar (normalmente, mas podendo estar sob a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, por exemplo), atualmente, há um fenômeno acontecendo: ações militares em operações contra o tráfico de drogas que têm sido casos da jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos do Homem e as suas implicações para a luta e combate à pirataria «aqui dita em sentido amplo, como todo e qualquer crime cometido em alto-mar»[15].

Já em 26 de abril de 2010, o Conselho, juntamente com a Comissão e dos Estados-membros começaram a realizar trabalhos com vista a criar opções para a possível elaboração de uma estratégia de segurança para o domínio marítimo global de preparação. Mais recentemente, em dezembro de 2013, o Conselho Europeu apelou à "*uma estratégia de segurança marítima da União Europeia em Junho de 2014, com base numa comunicação conjunta da Comissão e do Alto Representante, tendo em conta as opiniões dos Estados-membros*"[16]

A estratégia da União Europeia para a segurança marítima não haveria de ser desenvolvida sem a participação dos Estados-membros uma vez que muitas atividades operacionais são realizadas por autoridades nacionais. Além disso, a Comissão e o Serviço Europeu para a Ação Externa organizou uma consulta às partes interessadas, em junho de 2013, em que os Estados-membros expressaram o seu apoio à abordagem geral. O propósito de uma estratégia da União Europeia de Segurança Marítima seria fornecer uma estrutura comum para as autoridades competentes a nível nacional e europeu com o intuito de desenvolver ainda mais as suas políticas específicas. O objetivo de tal medida seria o de proteger estrategicamente os mares da União Europeia (UE) e identificar opções para fazê-lo.

---

[15] Nesse sentido:“so far, the European Court of Human Rights has never ruled on cases relating to maritime piracy. It did how-ever deal with cases, in particular the recente case of Medvedyer and Others v. France, concerning the capture and detention of people on the high seas”. BODINI, Stefano Piedimonte. "Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights". *The European Journal of International Law.* v.22, nº. 3,p.830.

[16] F A C T S H E E T - Q& A's for a European Union Maritime Security Strategy . Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Documents/Doutoramento-Coimbra/europa%20e%20º %20direito%20 maritimo.pdf . Data de acesso: 20 de abril de 2016.

As principais iniciativas de uma estratégia da União Europeia de Segurança Marítima são: (1) *identificar e articular os principais interesses marítimos estratégicos da UE*; (2) *identificar e articular a ameaças marítimas, os desafios e os riscos para os interesses marítimos estratégicos da UE*; e (3) para organizar a resposta, fornecendo os objetivos políticos comuns, princípios comuns e áreas de apoio comum, como a espinha dorsal do quadro estratégico conjunto, para criar coerência para a matriz diversificada e ampla de políticas marítimas específicas e estratégias setoriais. É fundamental identificar os interesses marítimos da União Europeia, comumente importante para o livre comércio. [17]

Esta responsabilidade global tem de ser transformada concretamente, baseando em regras e ações que promovam o respeito ao direito internacional, dos direitos humanos, democracia e boa governação no mar. O valor acrescentado de um quadro estratégico comum é que ele fornece a base necessária para garantir ações coerentes e desenvolvimento de políticas, e, além disso, facilita a coordenação de todos os esforços.[18]

Quando um suspeito de algum crime em alto-mar é detido, esta pessoa tem o direito de ser conduzida antes a uma autoridade judicial, de acordo com o artigo 5º(3) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. E, da mesma forma, do artigo 9º (4) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Nos casos *Medvedyev versus França*, de 2008 e *Rigopoulos versus Espanha* de 1999, em que ambos estavam envolvidos em possível tráfico de drogas[19]. Tais

---

[17] F A C T S H E E T - Q& A's for a European Union Maritime Security Strategy . Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Documents/Doutoramento-Coimbra/europa%20e%20º %20direito%20 maritimo.pdf . Data de acesso: 20 de abril de 2016.

[18]"Dear colleagues.Chairing the Contact Group on Piracy is a new undertaking for the European Union. It is both an honour and a responsibility. The European Union will approach it with enthusiasm and determination to see that piracy off the Coast of Somalia is pushed further back and that structural and sustainable answers are provided for this scourge that has cost so much to the region and to the entire world.It will be my privilege to work with all of you towards our common goal and I very much look forward to closely cooperate in the days and months to come.The EU Presidency is keen to learn your views, ideas and suggestions. You are invited and encouraged to be in close contact with the EU Support Team for the CGPCS Presidency for this matter.I look forward seeing you at the 16th CGPCS Plenary in New York on 14 May or at one of the related events in the days before or after the plenary.With personal best regards.Maciej Popowski." DEPUTY SECRETARY GENERAL EEAS. Disponível em: http://eeas.europa.eu/cfsp/cgpsc/index_en.htm. Data de acesso: 04 de abril de 2016.

[19] Assim: "the member States of the Concil od Europe, having expressed their consent to be bound by the United Nations Convention against illicit Traffic Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, done at Vienna on 20 December 1988, hereinafter referred to as "The Vienna Convention" (...), have agreed as follows: Article 1- Definitions: For the purposes of this Agreemet: a-"Inrervening State" means a Statte Party which has requested or proposes to request authorisation from another Party to take action under this Agreement in relation to a vessel flying flag or displaying the marks of registry of that other State Party; "Preferential jurisdiction" means in relation to a flag State havings concurrent

casos são importantes, principalmente se for colocado em análise a clareza com que foram tratados. Outros não têm assim tanta relevância para o estudo.[20]

Da mesma foram, há vários relatos de detidos que foram presos sem qualquer tipo de processo anterior que justificasse tal ato. Alguns suspeitos são liberados imediatamente, enquanto que outros podem ser retidos por um período de tempo, sem que seja considerado como sendo violação ao artigo 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

E assim, toda a jurisprudência afirma que os Estados-membros não devem violar o artigo 5º (3) se tiverem algum tipo de atraso em trazer o suspeito a uma autoridade judicial como o resultado da viagem até o porto.

O caso Medvedyev versus França, orbita em torno do Artigo 5º (1) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.[21]

Nesse caso específico, o Tribunal percebeu que houve privação de liberdade a bordo do navio *Winner* e os suspeitos foram trazidos antes da autoridade legal competente. As partes desacordaram, entretanto, com as bases legais do caso.[22]

---

jurisdiction over a relevant offence with another State, the right to exercise its jurisdiction on a priority basis, to the excclusion of the exercise of the other State´s jurisdiction over the offence; "Relevant offence" means any offence of the kind described in Article 3, paragrapf 1, of the Vienna Convention; "Vesse" means a ship or any floating craft of any description, including hovercrafts and submersible crafts." EUROPEAN TREATY SERIES 156. Agreement on Illicit Traffic by Sea implementinf Article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Sustances. Strasbourg: 1995. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cdab. Data de acesso: 15 de abril de 2016.p.830.

[20] Many of the cases in relation to piracy are less clear-cut. In january 2009, the Danish warship Absalon picked up five suspected pirates who had been forced to jump into the water after their boat went on fire during na attempted attack. The pirates were held on board Absalon for over a month while the Danish and Dutch authorities deliberated the transfer of the pirates to Dutch custody. It is nuclear whether a member state would be in violation of Article 5 (3) in a case like this, when the delay was not due to the lenght of voyage but rather the unwillingness of various states to prosecute the suspected pirates. https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cdab.p.832.

[21] Everyone has the right to liberty and security of person and no one shall deprived of his liberty save, inter alia: (i) in the case of lawful arrest or detention; (ii) effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence; and (iii) in accordance with a procedure prescribed by law. https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cdab.p.831.

[22] The main question that the Court had to answer was whether the United Nations Convention on the Law of the Sea, signed at Montego Bay on 10 December 1982, on which French Court of Cassation had relied in order to reject the applicant´s appeal, provide a sufficient legal basis for their arrest and detention. The way the Court addressed this issue is directly relevant in the context of anti-piracy operations. In its reasoning it opposed the vey detailed anti-piracy provisions of the Convention of Montego Bay to the minimal anti-drug-trafficking provisions contained in the same convention. EUROPEAN TREATY SERIES 156. Agreement on Illicit Traffic by Sea implementinf Article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Sustances.

O Artigo 5º (3) da Convenção indica, em particular, que: *"everyone arreste or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power."*[23] Sendo que essa provisão preocupa-se estruturalmente com dois problemas separados: *custódia policial* e a *detenção pendente antes de um julgamento.*

Normalmente, um período de 13 dias seriam considerados contrários ao princípio de *promptness*[24]*.* Há outros casos, como o *Brogan e outros versus o Reino Unido,* que provam que até mesmo 4 dias e seis horas eram longos demais mesmo em casos de terrorismo. Em outro caso, no *Ocalan versus Turquia*, foi detectado que o período de 7 dias era incompatível com o que era requerido pela Convenção. No mesmo sentido, o caso *Rigopoulos versus Espanha*, no que diz respeito à intercepção pelo navio espanhol de um navio suspeito de traficar drogas, o Tribunal encontrou que o período de 16 dias não era incompatível com o Artigo 5º (3). A decisão do Tribunal baseou-se no fato de que "*wholly exceptional circumstances due to the distanec to be convered and the resistace of the ship´s crew made it materially impossible to bring the applicant (M. Rigopoulos) physically before the investigating judge any sooner*."[25]

Pode-se concluir que, depois de *Medvedyev,* o artigo 5º (3) não impõe aos Estados europeus a obrigação de transferir detentos capturado milhares de quilômetros de distância de onde a autoridade judicial competente está localizada,

---

Strasbourg: 1995. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001 68007cdab. Data de acesso: 15 de abril de 2016.p.831.

[23] EUROPEAN TREATY SERIES 156. Agreement on Illicit Traffic by Sea implementinf Article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Sustances. Strasbourg: 1995. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001 68007cdab. Data de acesso: 15 de abril de 2016..p. 831.

[24] No caso da Corte Europeia dos Direitos do Homem: "the reasonableness of the time depends on the circunstances of the case and especiallu on the difficultty of the investigations, the behavior of the accused and the handing of the case by national authorities. Traditionally, the Commission held a 4-day limit, the Court a 3-day limit to be appropriate. The accused must be brought to a judge or other officer authorized to exercise judicial power, i. e. who is independent from the executive and from the parties. The function of this officer must be that of "reviewing the circumstances militating for and against detention, of deciding, by reference to legal criteria, whether there are reasons to justify detention and of ordering realease if there are no such reasons.". KOLB, Robert. "The jurisprudence of the European Court of Human Rights on detention and fair trial in criminal matters from 1992 to the end of 1998". *Human Rights Law Journal*. Strasbourgo: N.P. Engel Publisher, 2000,p.351.

[25] KOLB, Robert. "The jurisprudence of the European Court of Human Rights on detention and fair trial in criminal matters from 1992 to the end of 1998". *Human Rights Law Journal*. Strasbourgo: N.P. Engel Publisher, 2000,p.832.

nem para transferi-los a bordo dos navios de guerra envolvidos, e não mesmo prever a presença da autoridade judiciária operacional competente, quer a bordo dos navios de guerra ou na base militar mais próxima.

Para além do artigo 5º (3), há também a possibilidade de os militares colocarem os suspeitos de cometerem crimes em alto-mar sob a vigilância, através de radar, vídeo, fotos e monitoração por áudio, sendo que o suporte jurídico para tal direito encontra-se amparado no artigo 8º da Convenção. Após *Medvedyev*, podemos dizer que a vigilância de suspeitos encontra a sua base legal no direito internacional consuetudinário. O Tribunal entendeu que a intercepção de comunicação como um campo em que o abuso é potencialmente facilitado: "*to qualify under Article 8, such na authority must be independente of the Executive Power and be given suficiente powers and competence to exercise effective and continous control*."[26]

Com relação à intercepção e por ventura, embarcar e fazer busca em um navio, que é propriedade do Estado bandeira, também levanta a questão da privacidade do artigo 8º, desde que envolva o uso da força, pode também usar o artigo 2º (direito a vida) e o artigo 3º *"proibição de tortura e outras formas de tratamento degradante*" da Convenção.

Um exemplo pode ser o caso *Gillian e Quinto versus Reino Unido* que é bastante relevante em operações militares contra o comércio ilegal em alto-mar. "*The case concerned police powers under sections 44-47 of the Terrorism Act 2000 to stop and search individuals without reasonable suspicion of wrongdoing. A senior police officer could issue an authorization permitting any uniformed police officer within a defined geographical area to stop and search any person."*[27] O Tribunal considerou que uma ampla discrição conferida no *Ato 2000* não restringiu a possibilidade de acontecer uma interferência arbitrária contra um indivíduo.

No caso de intercepção e possível procura em uma embarcação em alto- mar não se encontra no artigo 8º, mas, desde que isto implica no uso de alguma força, pode surgir uma questão dos artigos 2º e 3º.

---

[26] KOLB, Robert. "The jurisprudence of the European Court of Human Rights on detention and fair trial in criminal matters from 1992 to the end of 1998". *Human Rights Law Journal*. Strasbourgo: N.P. Engel Publisher, 2000,p.351,p.835.

[27] KOLB, Robert. "The jurisprudence of the European Court of Human Rights on detention and fair trial in criminal matters from 1992 to the end of 1998". *Human Rights Law Journal*. Strasbourgo: N.P. Engel Publisher, 2000,p.351,p.835.

Entretanto, em outra perspectiva, houve uma perda dos direitos humanos no que diz respeito ao direito dos que se encontram em alto-mar. Independente da situação: se é pelo crime de tráfico de drogas ou pelo sequestro de reféns, tanto na Europa como em outros lugares do mundo.[28] E nessa mesma linha de pensamento, pode-se afirmar que as colisões que possam surgir entre as várias liberdades de alto-mar devem ser resolvidas de acordo com princípios de harmonização e concordância prática. Não obstante, elas estão sujeitas a várias restrições cuja efetivação se encontra ligada ao reconhecimento de um conjunto de competências estaduais extraterritoriais no alto mar, com refracções ao direito de visita. As mesmas prendem-se com a necessidade de combater a utilização deste espaço para a realização de atos ilícitos, como a pirataria, o tráfico de escravos, o tráfico de entorpecentes ou as transmissões ilegais."[29]

Depois do caso *Medvedyev*, as regras de detenção de suspeitos em alto-mar do direito público internacional puderam ser definidamente qualificadas como bases legais apropriadas. Considerando a pirataria, de uma forma mais ampla, há ainda mais um ganho para o direito internacional do mar."[30]

---

[28] "A Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa discutiu, nesta segunda-feira (31/03), no Auditório Murilo Aguiar, os casos de violação de direitos humanos dentro de cruzeiros internacionais. Os trabalhos foram presididos pela deputada Eliane Novais (PSB), propositora do debate, e contaram também com a participação da deputada Fernanda Pessoa (PR).Eliane justificou que o Colegiado recebeu denúncias de casos de violência, escravidão, prisões e até morte de pessoas que trabalham em cruzeiros internacionais. "Iremos encaminhar as denúncias e provas para a Corte Internacional de Direitos Humanos para que seja feita uma rigorosa apuração do que realmente acontece nesses cruzeiros", disse a deputada.Segundo ela, há denúncias de que quando esses trabalhadores adoecem são largados no porto onde o barco atracar, sem nenhum tipo de ajuda, nem mesmo para voltar ao país de origem. "Temos a obrigação de apurar para que outras pessoas não sejam iludidas", comentou. A empresa foi convidada para a audiência, mas não mandou nenhum representante. Alegou que seria responsável apenas pelo treinamento da mão de obra. Há casos em todo o Brasil. Rosângela Bandeira, presidente da Organização das Vítimas de Cruzeiros (OCV), relatou o episódio no qual foi vítima a filha dela, Camila Peixoto Bandeira. Segundo Rosângela, sua filha foi morta após sucessivos espancamentos pelo namorado, também tripulante do navio, mas a companhia teria simulado o suicídio da garota. O cearense Márcio Freitas era estagiário de Direito quando, encantado com um anúncio, decidiu concorrer a uma vaga para trabalhar em cruzeiros. Achava que iria ter uma jornada de 11 horas diárias como "buffet-boy". Mas encontrou uma realidade bem diferente. "Trabalhava de 16 a 18 horas por dia, por nove meses corridos", disse. Segundo ele, as pessoas recrutadas para o trabalho nos navios, além de terem seus direitos trabalhistas violados, são agredidas e submetidas a situações como tráfico de drogas, assédio moral e sexual. Participaram também da audiência representantes da Polícia Federal, da Delegacia do Trabalho e da Arquidiocese de Fortaleza." Eliene Novais. Disponível em: http://www.elianenovais.com.br/noticias/n_texto.asp?id=1739. Data de acesso: 10 de abril de 2016.

[29] MACHADO, Jónatas E. M. Direito Internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 4ª edição, p.583.

[30] The only existing authority addressing the issue of piracy on the high seas is Medvedyev and others v. France, and only as far as the question of the legal basis for the interception of a suspect pirate vessels concerned. The question of state jurisdiction and the detention of pirates while they are being transferred to Europe also seem to have been settled by Medvedyev. The answers to all or some of the other questions raised in this article will have to wait until the Court examines a real piracy case,

Todavia, pode vir a ser um problema caso a força usada para deter tal prática não seja proporcional, como mesmo encontra-se no caso *Akdivar e outros versus Turquia*. Um problema maior pode ser causado pela libertação, como no caso *Tendam versus Espanha*, de 2010, em que um homem indiciado pelo cometimento de várias acusações criminais cuja libertação foi negada pelas autoridades espanholas por bens apreendidos durante os procedimentos criminais e nunca foram retornados, ou voltaram em péssimas condições. O Tribunal considerou, pela primeira vez que as autoridades judiciais foram responsáveis pela propriedade apreendida e tinham o dever de fazer o inventário e mantê-lo com muito cuidado.

3. Em sentido de conclusão: a aplicabilidade da Convenção Europeia dos Direitos do Homem em casos de direito internacional marítimo

> *"Human rights were initially linked with specific class interests and were the ideological and political weapons in the fight of the rising bourgeoisie against despotic political power and static social organisation."* Costas Douzina

A aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem para operações de aplicação da lei no mar levanta uma série de questões relativas ao âmbito de aplicação extraterritorial da Convenção e como direitos nela previstos devem ser interpretados e aplicados extra-territorialmente. A jurisprudência, que antes era limitada até à data, agora tem implicações significativas para a operação de combate «em uma abordagem mais ampla» à pirataria no *Golfo de Aden*, por exemplo.

Há agora um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que autoridade grande seção no ponto, *Medvedyev versus França*, que ilumina algumas dessas questões. Neste caso, como já fora explicitado, autoridades francesas interditaram um navio cambojano suspeito de tráfico de drogas com base no consentimento do Camboja; aqueles a bordo foram confinados a bordo durante a viagem 13 dias em um porto francês.

É difícil não criticar o resultado uma vez que a falta de lógica intermediária é estranha, dado o estresse do julgamento em outro lugar na regra comum de jurisdição exclusiva do Estado de bandeira. O que no ato de colocar as forças a bordo de um navio estrangeiro (com o consentimento do Estado de bandeira)

---

which could be relatively soon. BODINI, Stefano Piedimonte. "Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights". *The European Journal of International Law.* v.22, nº. 3,p 847.

transforma o navio em um espaço semelhante a uma embaixada ou aquelas forças em funcionários semelhantes aos agentes consulares? O desejo de evitar o problema parece razoavelmente óbvio.

No entanto, parece agora firmemente estabelecido que o exercício coercitivo jurisdição de aplicação da lei ao longo de um navio estrangeiro em alto-mar vai trazê-lo dentro da jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – um ganho com proporções futuras para a realização dos direitos humanos.

4. Referências

BODINI, Stefano Piedimonte. "Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights". *The European Journal of International Law.* v.22, nº. 3.

Cacciaguidi-Fahy, Sophie. "The law of the Sea and Human Rights". *Siri Lanka Law Review*, 2007.

CAEIRO, Pedro. Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado. O caso português. Coimbra:Wolters Kluwer, 2010.

DEPUTY SECRETARY GENERAL EEAS. Disponível em: http://eeas.europa.eu/cfsp/cgpsc/index_en.htm. Data de acesso: 04 de abril de 2016.

EUROPEAN TREATY SERIES 156. Agreement on Illicit Traffic by Sea implementinf Article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Sustances. Strasbourg: 1995. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cdab. Data de acesso: 15 de abril de 2016

F A C T S H E E T - Q& A's for a European Union Maritime Security Strategy . Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Documents/Doutoramento-Coimbra/europa%20e%20º %20direito%20 maritimo.pdf . Data de acesso: 20 de abril de 2016.

GUEDES, Armando M. *Marques. Direito do Ma*r. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

KOLB, Robert. "The jurisprudence of the European Court of Human Rights on detention and fair trial in criminal matters from 1992 to the end of 1998". *Human Rights Law Journal*. Strasbourgo: N.P. Engel Publisher, 2000.

MACHADO, Jónatas E. M. Direito Internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 4ª edição.

OLIVEIRA, Fernando Baptista. *A liberdade de circulação nos mares e as novas ameaças. A pirataria marítima e a tutela jurídico penal*. Lisboa: Livraria Petrony, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Centre for Human Rights, Crime Prevention and Criminal Justice Branch. Human Rigths and Pre-trial Detention: a Handbook of International Standards relating to Pre-trial Detention. Nova York: Oxford Publishers,1994.

Oxman, B.H. "Human Rigths and the United Nations Convention on the Law of the Sea". *Politics, values and functions, International Law in the 21st Century, Essays in Honor of Professor louis Henkin.* Haia: The Kluwer Law International, 1997.

TREVES, Tullio. "Human Rights and the Law of the Sea". *Berkeley Journal of Law*, nº 28, 2010.

The Anti-Homosexuality Act, 2014. Legislação anti gay e a ameaça aos direitos humanos da população LGBTI no Uganda

Rui Garrido[1]

Resumo: A intolerância e da violência contra as minorias sexuais em África tem conquistado espaço em vários pontos do continente. As *sodomy laws*, uma herança colonial, ganham um novo revivalismo com novas reformas legislativas anti homossexualidade, em particular o caso do Uganda e do *The Anti-Homosexuality Act, 2014*. Este tipo de legislação configura uma séria ameaça às pessoas LGBTI e é o resultado de uma crescente homofobia que lavra em alguns países africanos e atinge as mais altas esferas do poder político e religioso. Trata-se de uma legislação discriminatória e injusta, que resulta numa maior marginalização e vulnerabilidade das minorias sexuais. Procurando um enquadramento global da situação das minorias sexuais no Uganda, este trabalho tem como ponto central de análise o *The Anti-Homosexuality Act, 2014*, o processo de introdução do projeto de lei no Parlamento do Uganda em 2009, e a sua aprovação, promulgação e posterior declaração de nulidade pelo Tribunal Constitucional em 2014. Procura também perceber o impacto desta legislação na vida das pessoas, em particular, as violações dos padrões internacionais de direitos humanos.

Palavras-Chave: Homofobia, Uganda, Direitos Humanos, LGBTI.

Abstract: Intolerance and violence against sexual minorities in Africa has gained space in various parts of the continent. The sodomy laws, a colonial heritage, gain a new revival with new anti homosexuality legislative reforms, in particular the case of Uganda and *The Anti-Homosexuality Act, 2014*. This legislation sets a serious threat to LGBTI people and is the result a growing homophobia raging in some African countries and reaches the highest levels of political and religious power. This is a discriminatory and unfair legislation, which results in further marginalization and vulnerability of sexual minorities. Looking for a global framework of the situation of sexual minorities in Uganda,

[1] Assistente de investigação no Centro de Estudos Internacionais – Instituto Universitário de Lisboa (CEI-IUL), investigador colaborador no Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar (DH- CII). Doutorando em Estudos Africanos no ISCTE-IUL e mestre em Direitos Humanos pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Endereço de correio eletrónico: rui.a.garrido@gmail.com

this work has as central point of analysis the law *The Anti-Homosexuality Act, 2014*, the process of introduction of the bill in the Ugandan Parliament in 2009, and its adoption, promulgation and later declared void by the Constitutional Court in 2014. it also seeks to understand the impact of this legislation on the lives of people, in particular, violations of intentional human rights standards.

Keywords: Homophobia, Uganda, Human Rights, LGBTI.

1. Introdução

A intensificação da homofobia em alguns Estados africanos, e em alguns casos podemos falar inclusive de uma homofobia de Estado, tem sido acompanhada por um discurso apelativo aos valores intrínsecos africanos, ao valor central da família e da necessidade de a proteger de ameaças externas, entre outros. Esta centralidade da homossexualidade no discurso político é fruto da ação de vários agentes religiosos e políticos que têm vindo a atuar desde o início da década de 2000[2]. As lideranças africanas têm reiterado que a homossexualidade é uma realidade vinda do exterior (*unAfrican*), que constitui uma ameaça às famílias tradicionais, às sociedades africanas e contrária aos ensinamentos bíblicos [3] . Este discurso político e religioso assenta numa conceção de África como uma unidade culturalmente homogénea[4], heterossexual e culturalmente homofóbica[5]. No entanto, esta tese tem sido discutida e rebatida por vários autores[6].

O colonialismo europeu introduziu a criminalização dos atos sexuais

[2] Cf. AWONDO, Patrick; GESCHIERE, Peter; REID, Graeme. "Homophobic Africa? Towards a more nuanced view", in: *African Studies Review*, volume 33, n.º 3, 2012, p. 147, disponível online em http://dare.uva.nl/document/2/147198 [11.02.2016].

[3] Cf. EPPRECHET, Marc. Undestanding Homophobia in Africa Today. In: NORD, Antonie Katharina; LUCKSCHEITER, Jochen. *Perspectives - Political analysis and commentary from Africa*. Cape Town: Heinrich Böll Foundation Southern Africa, 2010, pp.10 - 15, disponível online em https://www.boell.de/sites/default/files/perspectives_africa_4-2010_struggle_for_equality_lgbti_africa.pdf [10.03.2016].

[4] Cf. TAMALE, Sylvia. Homosexuality in not un-African. Aljazeera, 26 de abril de 2014, disponível online em http://america.aljazeera.com/opinions/2014/4/homosexuality-africamuseveniugandanigeriaethiopia.html [11/02/2016].

[5] Cf. IBRAHIM, Abadir M. "LGBTI rights in Africa and the discursive role of international human rights law", in: *African Human Rights Law Journal*, volume 15, 2015, p. 267, disponível online em http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2015/v15n2a2 [consultado a 09/02/2016].

[6] Cf. SMUG. *Expanded Criminalization of Homosexuality in Uganda: A Flawed Narrative. Empirical evidence and strategic alternatives from an African perspective*, Kampala: Sexual Minorities Uganda, 2004, pp. 7- 9, disponível online em https://sexualminoritiesuganda.com/wp-content/uploads/2015/07/SMUG-alternative-to-criminalisation.pdf [consultado a 11/02/2016].

consentidos entre pessoas do mesmo sexo[7]. As *sodomy laws*, que punem o conhecimento carnal contra-natura, resistem nos códigos penais e são um fardo muito pesado para as sociedades africanas[8], principalmente, para os grupos vulneráveis e minorias sexuais. A necessidade de o colonizador introduzir legislação no sentido de proibir tais práticas sexuais desmonta o argumento de que a homossexualidade teria sido introduzida nas sociedades africanas através dos europeus. No entanto, as *sodomy laws* introduzem nas sociedades africanas um elemento até então desconhecido: a homofobia de Estado. Neste sentido, reforça Sylvia Tamale "what is alien to the continent is legalized homophobia, exported to Africa by the imperialists where there had been indifference to and even tolerance of same-sex relations"[9]. As *sodomy laws* são discriminatórias e desproporcionadas, assentando em pressupostos morais em detrimento dos compromissos internacionais de direitos humanos que o país possa ter assumido[10].

Este legado colonial da das leis contra a sodomia é acarinhado pelas atuais elites africanas, que se apropriam do mesmo para lhe imprimir um caráter de autenticidade na cultura africana[11]. Incorporam, desta forma, a homofobia como inerente e transversal na cultural africana e remetem a homossexualidade para um domínio marginal e exterior, vindo do ocidente. Este fenómeno mais não é do que uma africanização da homofobia[12].

Este novo fôlego das *sodomy laws* tem tido como adjuvante a ação, no continente africano, da igreja neopentecostal norte-americana. No caso do Uganda, a influência destes movimentos religiosos atinge a esfera mais alta da política do país, na medida em que a primeira-dama e deputada Janet Museveni, seguidora de um movimento religioso cristão evangélico, tem aparentemente usado a sua posição para servir os interesses e a agenda

[7] Cf. SMUG. *Expanded Criminalization of Homosexuality in Uganda: …*", *cit.* p. 10.
[8] Cf. HRW. *This Alien Legacy. The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism*, Londres: Human Rights Watch, 2008, p. 10, disponível online em https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/LGBTI1208_webwcover.pdf [consultado a 12/02/2016].
[9] TAMALE, Sylvia. "Homosexuality is not un-African", *cit*.
[10] Cf. FOMENI, Jean Atabong. "The Criminalisation of Homosexuality in Cameroon and International Human Rights Law", in *Cameroon Journal on Democracy and Human Rights*, volume 6, n. º 1, 2012, p. 56, disponível online em http://www.cjdhr.org/2012-06/Jean-Atabong-Fomeni.pdf [01.03.2016].
[11] Cf. HRW. *This Alien Legacy.*", *cit.*, p.8.
[12] Cf. IBRAHIM, Abadir M. "LGBTI rights in Africa and the discursive role…", *cit.*, p. 263.

política desse movimento [13] . Entre eles salienta-se o apoio às reformas legislativas anti homossexualidade, que tiveram lugar no Uganda entre 2009 e 2014[14]. A ação dos movimentos religiosos no Uganda tem lavrado em terreno fértil, por instigar ao pânico social de que os gays pretendem sodomizar as crianças africanas, destruir a família tradicional e a cultura do Uganda[15]. As práticas sexuais que gozavam de uma certa tolerância nas sociedades pré-coloniais, ganharam desta forma o caráter de desviantes, ilegítimas e criminais[16].

No entanto, a tese de que a homossexualidade em África ameaça os valores culturais africanos, que é uma ameaça estrangeira (*unAfrican*), imoral e inaceitável, é desmontada por vários autores. Vários estudos apontam para a existência de práticas homossexuais em África antes e durante o período do colonialismo europeu[17]. Por outro lado, considerar a homossexualidade com *unAfrican* lavra em duas ideias erradas: 1) a ideia cristalizada de cultura africana, como uma unidade homogénea; e 2) na ideia de que a homofobia e a intolerância são comportamentos endémicos e socialmente aceites em África. Makau Mutua aponta ainda a falta de solidez dos lideres políticos ao alegarem que a homossexualidade é *unAfrican*. A homofobia assenta, também, em pressupostos de moralidade, nos quais os homossexuais são pecadores e desagradam à vontade de Deus. Quer no caso do Cristianismo, quer no caso do Islão, ambas as religiões são estrangeiras a África, pelo que ao rejeitar a homossexualidade com base na religião, estes líderes incorrem numa inconsistência do seu discurso [18] . Por outro lado, Kopano Ratele sublinha que a questão da atração sexual entre dois homens abala as fundações do patriarcado que domina as sociedades africanas e que

[13] Cf. AWONDO, Patrick; GESCHIERE, Peter; REID, Graeme. "Homophobic Africa?…", *cit*. p.153.
[14] Cf. IMAKA, Isaac. "Wikileaks: Janet behind gays Bill", Daily Monitor, 11 setembro de 2011, disponível online em http://www.monitor.co.ug/News/National/-/688334/1233648/-/bjam5mz/-/index.html [11.02.2016].
[15] Cf. AWONDO, Patrick; GESCHIERE, Peter; REID, Graeme. "Homophobic Africa?...", *cit*., p. 153.
[16] Cf. Sylvia TAMALE, "Homosexuality in not un-African", *cit*.
[17] Ver neste sentido, MURRAY, Stephen O; ROSCOE, Will. *Boy-Wives and Female Husbands: Studies of African Homosexualities*, Nova Iorque: Palgrave, 1998. Ver também neste sentido, EPPRECHT, Marc. *Sexuality and Social Justice in Africa. Rethinking Homophobia and Forging Resistance*, London: Zed Books, 2013, pp.39 - 40.
[18] Cf. MUTUA, Makau. Sexual orientation and human rights: putting homofobia on trial, in: TAMALE, Sylvia (ed). *African Sexualities. A reader*, Nairobi: Pambazuka Press, 2011, p. 460.

determina a heterossexualidade como normativa[19].

Esta postura intolerante dos agentes políticos africanos tem remetido as minorias sexuais africanas, na sua globalidade, para uma situação bastante precária, de marginalidade e grande vulnerabilidade.

2. Da proibição da discriminação em razão da orientação sexual no Sistema Africano dos Direitos Humanos

A discriminação dos indivíduos, em razão de qualquer caraterístca física ou psicológica é proibida pelo artigo 2.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos [20] . Embora a Carta Africana não proiba expressamente a orientação sexual como um fator proibido de discriminação, o direito internacional dos direitos humanos tem evoluído nesse sentido[21]. No entanto, em 2011, na sua 50ª sessão ordinária, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e Povos adotou um conjunto de princípios que pretendem clarificar e densificar a interpretação dos direitos económicos, sociais e culturais da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Estes princípios foram pensados já no ano de 2004[22], mas o caminho seria longo até à adoção dos *Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter*, também conhecidos como *Princípios de Nairobi.* Estes, no que à orientação sexual diz respeito, são muito importantes porque clarificam, entre outros, os fatores de proibição da discriminação e o conceito de grupos desfavorecidos e

[19] Cf. RATELE, Kopano. Male sexualities and masculinities, in: TAMALE, Sylvia (ed). *African Sexualities. A reader*, Nairobi: Pambazuka Press, 2011, p. 408

[20] "Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantdos na presente Carta, sem nenhuma distnção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião polítca ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação". Cf. Artigo 2.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. A Carta Africana inspira-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) que, no artigo 2.º, também não faz qualquer referência à orientação sexual. No entanto, em 2007 foram adotados os Princípios de Yogyakarta – *Yogyakarta Principles on the Applicaton of Internatonal Human Rights Law in relaton to Sexual Orientaton and Gender Identity* –, que vêm clarificar as obrigações dos Estados no que concerne à garantia dos direitos humanos das minorias sexuais. Isto é, como os direitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem aplicam-se também às minorias sexuais, na medida em que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, os Estados devem adotar medidas de discriminação positiva com o objetivo de corrigir assimetrias de tratamento entre os cidadãos e pessoas sobre a sua jurisdição.

[21] Por exemplo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 21.º, contempla a orientação sexual como fator proibido de discriminação.

[22] Cf. ACHPR/Res.78 (XXXVI) 04, disponível online em http://old.achpr.org/english/resolutions/resolution78_en.html [03/03/2016].

vulneráveis. Assim, os *Princípios de Nairobi* definem os fatores de proibição da discriminação da seguinte forma:

> *Prohibited grounds of discrimination include but are not limited to* […] *sex, gender, sexual orientation* […] *or other status*.[23]

Seguidamente, define grupos vulneráveis e desfavorecidos, entre vários outros, como:

> *Vulnerable and disadvantaged groups are people who have faced and/or continue to face significant impediments to their enjoyment of economic, social and cultural rights. Vulnerable and disadvantaged groups include, but are not limited to,* [...] *lesbian, gay, bisexual, transgendered and intersex people,* [...].[24]

Embora os Princípios de Nairobi não tenham caráter vinculativo, é inegável a importância que estes têm, na medida em que a Comissão reconhece que: 1) a orientação sexual é um fator proibido de discriminação dos indivíduos e; 2) gays, lésbicas, bissexuais, transgénero e intersexo constituem grupos vulneráveis ou desfavorecidos. Apesar destes avanços, a Comissão Africana tem estado debaixo de fogo e foi acusada de discriminação no que tange ao processo de concessão do estatuto de ONG observadora à *Coalition of African Lesbians* (CAL)[25]. Para além do processo ter sido excessivamente moroso (7 anos no total), vários quadrantes dentro da União Africana expressaram o seu desagrado e exigiram a retirada do estatuto à CAL, alegando que esta organização não promovia valores africanos.

3. A (sobre)vivência das minorias sexuais no Uganda

A situação das minorias sexuais no Uganda carateriza-se por uma batalha diária pela vida e pela dignidade. Estas pessoas lutam, todos os dias, pelo direito a poder ter uma vida normal, sem a necessidade de tomar

[23] "Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter", 2011, p. 8, disponível online em http://www.achpr.org/files/instruments/economic- social-cultural/achpr_instr_guide_draft_esc_rights_eng.pdf [02.03.2016] [interpolação nossa].
[24] "Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter", *cit.*, p. 8 [interpolação nossa].
[25] Cf. EPPRECHT, Marc. *Sexuality and Social Justice in Africa…, cit.*, p. 27.

atitudes em defesa da sua integridade. A comunicação social permite ter um vislumbre da vulnerabilidade a que estes grupos sociais estão sujeitos. Mas a comunicação social que denuncia as violações de direitos humanos das pessoas LGBTI pode ser instrumentalizada contra estes grupos. A exposição pública na imprensa é uma prática relativamente frequente em vários países africanos. Um dos casos mais controversos aconteceu no Uganda, em outubro de 2010, e envolveu o tablóide *Rolling Stone*[26]. O caso é relativo à publicação, a 2 de outubro de 2010, de uma reportagem com o título "HANG THEM; THEY ARE AFTER OUR KIDS!!!!!! Pictures of Uganda's 100 Homos Leak."[27]. Foram publicadas 100 fotografias de pessoas identificadas como homossexuais, contra as quais é encetada uma campanha de ódio. O *Rolling Stone* acusa a comunidade LGBTI do Uganda de práticas de recrutamento de crianças para a homossexualidade e apela ao enforcamento dos gays para salvar a nação contra a perversão[28]. O caso chega ao High Court of Uganda, que decide o caso a 30 de dezembro de 2010 em favor dos queixosos visados pelas matérias do jornal[29].

No entanto, estes tipos de campanhas de ódio da imprensa sucederam-se no Uganda e em outros países Africanos. Esta clima social convulsivo, adjuvado pela imprensa, coloca em grande risco as pessoas identificadas como homossexuais, que passam a ser alvo de chantagem, agressões físicas e verbais, vulnerabilidade social, desemprego, ou outras situações[30]. Inclusive, a procura de refúgio em países vizinhos (tal como o Quénia) tem sido a derradeira alternativa para muitos. O facto de a legislação penal punir os atos sexuais entre adultos do mesmo sexo fomenta a homofobia social que se assiste no país.

---

[26] Cf. RICE, Xan. Ugandan paper calls for gay people to be hanged. The Guardian, Londres, 21 de outubro de 2010, disponível online em http://www.theguardian.com/world/2010/oct/21/ugandan-paper- gay-people-hanged [consultado a 14/03/2016].

[27] Cf. Kasha Jacqueline, David Kato Kisuule, Onziema Patiente v. Rolling Stone Ltd. e Giles Muhame (Miscellaneous Cause No. 163 of 2010), High Court of Uganda at Kampala, 30 de dezembro de 2010.

[28] "Unless government takes a bold step by hanging dozens of homosexuals, the vice will continue eating up the moral fabric and culture of our great nation". Cf. Ugandan Tabloid Claims Gay Conspiracy. StarObserver, 7 de outubro de 2010, disponível online em http://www.starobserver.com.au/news/international-news-news/ugandan-tabloid-claims-gay-conspiracy/31673 [consultado a 07/09/2016].

[29] Cf. Kasha Jacqueline, David Kato Kisuule, Onziema Patiente v. Rolling Stone, *cit.*.

[30] Cf. Uganda newspaper publishes 'gay list,' calls for their hanging. CNN, 20 outubro de 2010, disponível online http://edition.cnn.com/2010/WORLD/africa/10/20/uganda.gay.list/?hpt=C1 [consultado a 06/09/2016].

Um caso recente de sodomia agitou a sociedade ugandesa. Christopher Muribu Kisingiri, um conhecido homem ligado ao mundo do futebol foi acusado, julgado e condenado por atos de sodomia. O caso remonta a 2013, quando o indivíduo foi detido a 16 de dezembro[31], quatro dias antes da discussão no Parlamento e consequente aprovação de uma legislação anti gay, assunto ao qual voltaremos mais tarde neste trabalho. O caso *Uganda v. Christopher Mubiru Kisingiri* – no qual o arguido é acusado de ter praticado sodomia com Nyanzi Emmanuel e George Oundo –, é importante numa ótica dos direitos humanos, por fazer referência à prática de "exames médicos" a que Christopher Muribu (acusado) e Nyanzi Emmanuel ('vítima') terão sido sujeitos. Estes testes foram realizados com a finalidade de apurar a ocorrência de atos homossexuais [32] . Christopher Mubiru foi declarado culpado pelos atos praticados contra Nyanzi Emmanuel[33].

De acordo com um relatório recente da Human Rights Watch, a realização de testes médicos com a finalidade de apurar os atos homossexuais são recorrentes em pelo menos oito países no mundo, entre os quais o Uganda[34]. As pessoas acusadas de sodomia são examinadas por um médico legal, que entre outros, efetua a inserção de dedos ou objetos no ânus do suspeito, com vista a aferir se este teve contacto sexual por via anal, muito embora não haja qualquer estudo científico que comprove a utilidade deste tipo de exames [35] . A prática é efetuada sem o consentimento das vítimas, ou consentido sob coação, e constitui uma violação dos direitos humanos das pessoas visadas, que são sujeitas a um tratamento cruel,

[31] Cf. Sodomy suspect Chris Mubiru arrested. Monitor, 17 de dezembro de 2013, disponível online em http://www.monitor.co.ug/News/National/Sodomy-suspect-Chris-Mubiru-arrested/688334-2113832-codemp/index.html [consultado a 12/09/2016].

[32] O acórdão refere que Nyanzi Emmanuel (vítima) e Christopher Mubiru (arguido) foram sujeitos a exames médicos. No caso do Mubiru, refere que a região anal não mostrava qualquer alteração, bem como o seu pénis. No caso de Nyanzi, o exame não foi capaz de mostrar que ele foi sujeito a sexo anal, pelo que o resultado do relatório foi inconclusivo. Cf. Uganda v. Christopher Mubiru Kisingiri (Criminal case no. 05 of 2014), Court of Kampala at Buganda Road, 8 de setembro de 2015.

[33] É curioso que George Oundo é referenciado no acórdão como homossexual, "recrutado" para o "vício" por um parente, que terá tido os atos sexuais com o arguido em 2004, de forma consentida. Tal facto configura crime à luz do Código Penal artigo 145.º, c). Cf. Uganda v. Christopher Mubiru Kisingiri, *cit.*

[34] HRW. *Dignity Debased. Forced Anal Examinations in Homosexuality Prosecutions*. Londres: Human Rights Watch, 2016, p. 1, disponível online em https://www.hrw.org/report/2016/07/12/dignity-debased/forced-anal-examinations-homosexuality-prosecutions [consultado a 12/09/2016].

[35] Cf. HRW. *Dignity Debased. Forced Anal Examinations…*, *cit.*, p. 1.

desumano e degradante[36].

3. *The Anti-Homossexuality Act, 2014*: vida e morte de uma lei anti gay?

O *The Anti-Homosexuality Act, 2014* (AHA) foi aprovado pelo Parlamento do Uganda a 20 de dezembro de 2013, promulgado pelo Presidente Yoweri Museveni a 24 de fevereiro de 2014 e posteriormente declarado nulo pelo Tribunal Constitucional do Uganda a 1 de agosto do mesmo ano. Terminava assim um ciclo iniciado a 25 de setembro de 2009, quando foi publicado o *The Anti-Homosexuality Bill, 2009* (AHB).

Aquando da sua publicação em 2009, o projeto de lei condensava em si toda a homofobia que tinha caraterizado o panorama político da última década no país. Entendiam os seus redatores que a legislação de que o Uganda dispunha não lhe permitia fazer face às ameaças internas e externas à família tradicional heterossexual[37]. Propunha-se este projeto a erradicar da sociedade ugandesa qualquer relação consentida entre adultos do mesmo sexo e a proibição dos grupos da sociedade civil que trabalhassem com pessoas LGBTI, na medida em que tal era entendido como "promoção" da homossexualidade[38].

Apesar de a legislação penal do Uganda prever a criminalização dos atos sexuais consentidos entre pessoas do mesmo sexo, sob a forma de *unnatural offences*, o AHB introduz dois novos crimes relativos a esta tipologia de comportamentos no ordenamento penal do Uganda, respetivamente os crimes de "homossexualidade" [39] e "homossexualidade agravada"[40]. As penas previstas para estes crimes, neste primeiro projeto de

---

[36] Cf. HRW. *Dignity Debased. Forced Anal Examinations*…, *cit.*, p. 1.
[37] Cf. *The Anti-Homosexuality Bill, 2009*.
[38] A AHB definia como objetivos a atingir: 1) estipular o casamento no Uganda como aquele contraído entre um homem e uma mulher; 2) proibir qualquer comportamento homossexual; 3) proibir a ratificação de qualquer tratado internacional de direitos humanos que fosse inconsistente com a AHB; e
4) proibir qualquer associação que trabalhe com pessoas LGBTI. Cf. *The Anti-Homosexuality Bill, 2009*, *cit.*
[39] *(1) A person commits the offence of homosexuality if: (a) he penetrates the anus or mouth of another person of the same sex with his penis or any other sexual contraption; (b) he or she uses any object or sexual contraption to penetrate or stimulate sexual organ of a person of the same sex; (c) he or she touches another person with the intention of committing the act of homosexuality*. Cf. *The Anti-Homosexuality Bill, 2009*, *cit.*
[40] *(1) A person commits the offence of aggravated homosexuality where the: (a) person against whom the offence is committed is below the age of 18 years; (b) offender is a person living with HIV; (c) offender is a parent or guardian of the person against whom the offence is committed; (d) offender is a person in authority over the person against whom the offence is committed; (e) victim of the offence is a person with disability; (f) offender is a serial offender; or (g) offender applies, administers or causes to be used by any man or woman any drug, matter or thing with intent to stupefy or overpower him or her*

lei, eram respetivamente a pena de prisão perpétua e a pena de morte. Por questões de natureza política, o projeto não teve seguimento durante a legislatura em que foi apresentado. Tal só viria a acontecer a 31 de outubro de 2011, com a sua reintrodução por via de uma resolução parlamentar, segundo um relatório do Comité de assuntos parlamentares[41]. Este relatório faz uma análise da proposta de lei em causa, recomenda alterações significativas à proposta com vista à sua aprovação. As mais significativas referem-se à redução das penas e à eliminação de cláusulas demasiado vagas ou incompatíveis com as funções do Estado[42].

A proposta de lei viria a sofrer alterações significativas, resultantes das recomendações do comité para os assuntos parlamentares, contudo, sem atender a todas elas. E foi esta a versão votada e aprovada a 20 de dezembro de 2013 pelo Parlamento ugandês. A 24 de fevereiro de 2014, o Presidente Museveni promulga o diploma, entrando em vigor nessa data. A *The Anti-Homosexuality Act, 2014* mantém os crimes de homossexualidade e

---

so as to there by enable any person to have unlawful carnal connection with any person of the same sex. (2) A person who commits the offence of aggravated homosexuality shall be liable on conviction to suffer death. (3) Where a person is charged with the offence under this section, that person shall undergo a medical examination to ascertain his or her status. Cf. *The Anti-Homosexuality Bill, 2009*, *cit.*

[41] Cf. "Report of the Sectoral Committee On Legal and Parliamentary Affairs on The Anti-Homosexuality Bill, 2009", Committee on Legal and Parliamentary Affairs, disponível online em http://www.parliament.go.ug/index.php/documents-and-reports/committee-reports/category/38-committee-on-legal-and-parliamentary-affairs# [19.09.2016].

[42] Concretamente a redução da pena de prisão perpétua para 14 anos no caso da ofensa por homossexualidade, sugestão que não foi atendida pelos relatores do projeto, e da pena morte para prisão perpétua no caso da homossexualidade agravada. Cf. "Report of the Sectoral Committee On Legal and Parliamentary Affairs…", *cit.* O assunto dividiu opiniões no seio do comité de assuntos parlamentares. Um segundo relatório minoritário foi elaborado e suporta unanimemente a rejeição do projeto de lei anti homossexualidade. Este relatório minoritário aponta várias inconsistências da *The Anti-Homosexuality Bill, 2009* com a Constituição do Uganda e com os compromissos internacionais em matéria de direitos humanos assumidos pelo Uganda. Sublinham que a proposta de lei é discriminatória para com a população homossexual. Tal facto, deduzimos, vai resultar numa maior marginalização e vulnerabilidade destes grupos. Entendem que a proposta de lei em causa põe em causa o direito à privacidade dos cidadãos (artigo 27.º da Constituição do Uganda). Entendem que o que dois adultos fazem, na privacidade e de forma consentida, não deve ser uma preocupação do Estado. Este é um posicionamento interessante, na medida em que o argumento evocado também pode ser aplicado no caso da lei da sodomia. Aponta ainda, no que o projeto de lei refere como recrutamento das crianças para a homossexualidade, que este não adota qualquer medida de proteção dos menores. Sublinham, neste sentido, a necessidade de adotar uma legislação mais abrangente, não apenas para proteger os menores de possíveis recrutamentos, mas também de as proteger de outras formas de violência (tráfico, trabalho forçado, violência física ou sexual, etc). Um outro aspeto que o relatório aponta é a inconsistência desta proposta de lei com os compromissos internacionais em matéria de direitos humanos, em particular a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Por último, sublinham a não utilidade da criminalização da homossexualidade, na medida em que tal criminalização já está prevista no Código Penal do país (nomeadamente, a secção 145). Cf. "Minority Report by Members of the Sectoral Committee On Legal and Parliamentary Affairs on The Anti-Homosexuality Bill, 2009", Committee on Legal and Parliamentary Affairs, disponível online em http://www.parliament.go.ug/index.php/documents-and-reports/committee-reports/category/38-committee-on-legal-and-parliamentary-affairs# [19.09.2016].

homossexualidade agravada, previstos no projeto de lei de 2009, com pena de prisão perpétua para ambos. O impacto na vida das pessoas LGBTI no Uganda foi muito significativo. Verificou-se um aumento das detenções arbitrárias, abuso por parte das forças policiais, extorsão, perda de emprego, abandono por parte das famílias, violações de lésbicas e procura de proteção internacional, em particular no Quénia[43].

Esteve em vigor até 1 de agosto desse mesmo ano, quando foi declarada nula pelo Tribunal Constitucional do Uganda[44]. Os peticionários pediam a declaração de nulidade da AHA, alegando várias contravenções e inconsistências desta lei com a Constituição do Uganda e tratados internacionais de direitos humanos, principalmente na violação do direito à privacidade dos cidadãos, do tratamento igual perante a lei, e a violação da proibição da discriminação e dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes[45] . O Tribunal Constitucional, como já referimos, decidiu pela nulidade do *The Anti-Homosexuality Act, 2014*. Fundamentou a sua decisão apenas na primeira alegação dos peticionários, ou seja, a ausência de quórum necessário aquando a votação da AHA no Parlamento é inconsistente com o artigo 2.º, alíneas 1 e 2, com o artigo 88.º, ambos da Constituição do Uganda e ainda é inconsistente com a regra 23 do procedimento parlamentar. O TC não se pronunciou sobre as alegações de inconstitucionalidade material apontadas pelos peticionários. Apesar da nulidade do *The Anti-Homosexuality Act, 2014*, o seu redator, David Bahati, apresentou um novo projeto de lei no Parlamento do Uganda, o The Prohibition of Promotion of Unnatural Sexual Practices Bill, 2014. Este novo projeto de lei pode ser explicado pela decisão pouco firme do TC em relação à antecessora.

No entanto, as ONG's de defesa dos direitos humanos das pessoas LGBTI procuraram também combater este tipo de legislação em outras arenas internacionais. A 23 de abril de 2014 foi interposta uma petição no

[43] Cf. HRW. *World Report 2015*, Londres: Human Rights Watch, 2015, pp. 563 – 564, disponível online em https://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf [consultado a 20.09.2016]. Ver ainda neste sentido, HRW. Uganda: Anti-Homosexuality Act's Heavy Toll. Human rights Watch, Londres, 14 de maio de 2014, disponível online em https://www.hrw.org/news/2014/05/14/uganda-anti-homosexuality-acts-heavy-toll [consultado a 20/09/2016]

[44] Cf. Prof. J. Olaka-Onyango and 9 others v. Attorney general (Constitutional Petition no. 08 of 2014), Constitutional Court of Uganda, 1 de agosto de 2014.

[45] Cf. Prof. J. Olaka-Onyango and 9 others v. Attorney general, *cit.*, pp 1 – 5.

Tribunal de Justiça da Comunidade da África Oriental[46], da qual o Uganda é Estado-membro. Esta estratégia pode configurar um ativismo jurídico transnacional[47] por parte dos as ONG's, que procuram deste modo provocar um órgão jurisdicional internacional a tomar uma decisão que force o Estado do Uganda a não legislar matérias relativas à perseguição das pessoas em razão da orientação sexual. Da informação disponível no site do Tribunal de Justiça em apreço, os peticionários alegam que o *The Anti Homosexuality, Act, 2014* viola o artigo 6.º, alínea d), o artigo 7.º, n.º 2 e o artigo 8.º, n.º 1, alínea c) do Tratado para o estabelecimento da Comunidade da África Oriental[48]. O caso tem sofrido vários adiantos e percalços, mas a leitura do acórdão está agendada para dia 27 de setembro de 2016[49].

Considerações finais

A legislação anti homossexualidade que tem sido proposta, sobretudo, no Uganda, comporta um desafio muito significativo para as minorias sexuais. As minorias sexuais no Uganda sempre viveram sob um ambiente politicamente hostil, em resultado da criminalização das relações sexuais consentidas entre adultos do mesmo sexo, que subsiste desde que o Uganda se encontrava sob domínio britânico. Contudo, o revivalismo da homofobia de Estado, fruto da ação conjugada de vários agentes políticos e religiosos, nacionais e estrangeiros, conduziu à vigência de uma legislação abertamente anti gay. O impacto foi tremendo. A uma situação já de si bastante precária, na qual as pessoas LGBTI enfrentavam a exposição pública em jornais, a chantagem, a violência física e psicológica entre outras, adicionou-se um

[46] Reference No. 6 of 2014 Human Rights Awareness & Promotion Forum v. The Attorney General of the Republic of Uganda.

[47] Ativismo jurídico transnacional é definido por Cecília MacDowell Santos da seguinte forma: "um tipo de ativismo focado na ação legal engajada, através das cortes internacionais ou instituições quase judiciais, em fortalecer as demandas dos movimentos sociais; realizar mudanças legais e políticas internas; reestruturar ou redefinir direitos; e/ou pressionar os Estados a cumprir as normas internacionais e internas de direitos humanos". Cf. SANTOS, Cecília MacDowell. "Ativismo Jurídico Transnacional e o Estado: Reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos", in: *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, volume 4, n.º 7, 2007, p. 28.

[48] Cf. http://eacj.org/?page_id=2344 [consultado a 20/09/2016].

[49] O Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos não é um instrumento ao alcance dos grupos da sociedade civil do Uganda – e continua inacessível –, na medida em que o Uganda, à data da ratificação do Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos para o Estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos (1998), não depositou a declaração exigida pelo artigo 5.º, n.º 3 (acesso ao tribunal) em conjunção com o artigo 34.º, n.º 6 (ratificação). Esta declaração é vital, pois através dela o Estado em causa aceita que o Tribunal aprecie casos levados a si por ONG's com o estatuto de observadoras da Comissão Africana.

novo fator com a aprovação do *The Anti-Homosexuality Act, 2014*: a impunidade. A obrigatoriedade de reportar às autoridades qualquer caso de suspeita de homossexualidade em 24 horas propiciou um clima social de suspeição e de bodes expiatórios sem paralelo na sociedade ugandesa.

Foi possível apurar que os movimentos religiosos, em particular a Igreja pentecostal norte americana, são um dos agentes ativos na instigação da homofobia no Uganda. Os dados também apontam o seu papel incontornável no processo de elaboração do *The Anti-Homosexuality Bill, 2009* e com o qual se tentaram desvincular posteriormente. Este movimento radical religioso cristão é, sem sombra de dúvidas, uma peça chave na compreensão do atual panorama social, político e jurídico do Uganda relativo às minorias sexuais.

Não se compreende as razões que motivam a tentativa de legislar contra grupos minoritário, com a clara intenção de os remeter à escuridão ou erradicar do espaço social, desconsiderando os direitos e liberdades fundamentais garantidos na Constituição e tratados internacionais aos quais o Uganda se vinculou. Do mesmo modo, a conclusão de que o assunto é politicamente incómodo fica bastante claro pela decisão do Tribunal Constitucional do Uganda, que derruba o *The Anti-Homosexuality Act, 2014*, mas sem se pronunciar sobre as inconsistências da lei com os direitos e as liberdades fundamentais dos cidadãos, constitucionalmente garantidos. A preparação de um novo projeto de lei promete manter a situação política e social no Uganda bastante tensa.

Bibliografia

AWONDO, Patrick; GESCHIERE, Peter; REID, Graeme. “Homophobic Africa? Towards a more nuanced view”, in: *African Studies Review*, volume 33, n.º 3, 2012, disponível online em http://dare.uva.nl/document/2/147198

EPPRECHET, Marc. Undestanding Homophobia in Africa Today. In: NORD, Antonie Katharina; LUCKSCHEITER, Jochen. *Perspectives - Political analysis and commentary from Africa*. Cape Town: Heinrich Böll Foundation Southern Africa, 2010, disponível online em

https://www.boell.de/sites/default/files/perspectives_africa_4-2010_struggle_for_equality_lgbti_africa.pdf

_____. *Sexuality and Social Justice in Africa. Rethinking Homophobia and Forging Resistance*, London: Zed Books.

IBRAHIM, Abadir M. "LGBTI rights in Africa and the discursive role of international human rights law", in: *African Human Rights Law Journal*, volume 15, 2015, disponível online em http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2015/v15n2a2

HRW. *This Alien Legacy. The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism*, Londres: Human Rights Watch, 2008, disponível online em https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/LGBTI1208_webwcover.pdf

_____. *Dignity Debased. Forced Anal Examinations in Homosexuality Prosecutions*. Londres: Human Rights Watch, 2016, disponível online em https://www.hrw.org/report/2016/07/12/dignity-debased/forced-anal-examinations-homosexuality-prosecutions

_____. *World Report 2015*, Londres: Human Rights Watch, 2015, disponível online em https://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf

_____. Uganda: Anti-Homosexuality Act's Heavy Toll. Human rights Watch, Londres, 14 de maio de 2014, disponível online em https://www.hrw.org/news/2014/05/14/uganda-anti-homosexuality-acts-heavy-tol

MURRAY, Stephen O; ROSCOE, Will. *Boy-Wives and Female Husbands: Studies of African Homosexualities*, Nova Iorque: Palgrave, 1998.

MUTUA, Makau. Sexual orientation and human rights: putting homofobia on trial, in: TAMALE, Sylvia (ed). *African Sexualities. A reader*, Nairobi: Pambazuka Press, 2011.

RATELE, Kopano. Male sexualities and masculinities, in: TAMALE, Sylvia (ed). *African Sexualities. A reader*, Nairobi: Pambazuka Press, 2011.

RICE, Xan. Ugandan paper calls for gay people to be hanged. The Guardian, Londres, 21 de outubro de 2010, disponível online em http://www.theguardian.com/world/2010/oct/21/ugandan-paper-gay-

people-hanged

SANTOS, Cecília MacDowell. "Ativismo Jurídico Transnacional e o Estado: Reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos", in: *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, volume 4, n.º 7, 2007.

SMUG. *Expanded Criminalization of Homosexuality in Uganda: A Flawed Narrative. Empirical evidence and strategic alternatives from an African perspective*, Kampala: Sexual Minorities Uganda, 2004, disponível online em https://sexualminoritiesuganda.com/wp-content/uploads/2015/07/SMUG-alternative-to-criminalisation.pdf

TAMALE, Sylvia. Homosexuality in not un-African. Aljazeera, 26 de abril de 2014, disponível online em http://america.aljazeera.com/opinions/2014/4/homosexuality-africamuseveniugandanigeriaethiopia.html

Ugandan Tabloid Claims Gay Conspiracy. StarObserver, 7 de outubro de 2010, disponível online em http://www.starobserver.com.au/news/international-news-news/ugandan-tabloid-claims-gay-conspiracy/31673

Uganda newspaper publishes 'gay list,' calls for their hanging. CNN, 20 outubro de 2010, disponível online http://edition.cnn.com/2010/WORLD/africa/10/20/uganda.gay.list/?hpt=C1

Sodomy suspect Chris Mubiru arrested. Monitor, 17 de dezembro de 2013, disponível online em http://www.monitor.co.ug/News/National/Sodomy-suspect-Chris-Mubiru-arrested/688334-2113832-codemp/index.html

O devedor contumaz e os princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

Fernando Marcelo Mendes[1]

Devedor contumaz, livre inciativa, dignidade da pessoa humana, limites da atuação estatal.

1) Introdução

Empresas, em razão dos riscos inerentes à atividade econômica, podem enfrentar dificuldades financeiras que as impeçam de cumprir, por prazos determinados, suas obrigações tributárias.

O Estado deve buscar soluções que preservem a atividade empresarial nessas circunstâncias, dado que as empresas têm papel fundamental na conformação da ordem econômica, que, no modelo constitucional brasileiro, é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e tem por finalidade assegurar a todos a existência digna (art. 170, CF/88).

Existem, no entanto, sociedades que fazem da inadimplência fiscal sua principal estratégia empresarial. Deixam de pagar tributos, não por problemas eventuais de caixa, conjuntura econômica, má-administração, interpretação errônea da legislação, mas como deliberada escolha empresarial visando ao incremento artificial de sua capacidade econômica. É o denominado devedor contumaz de tributos.

Essa prática desleal afeta diretamente dois princípios constitucionais fundamentais da República brasileira: i) a *livre iniciativa* (art. 1º, IV, CF/88), na medida em que coloca a empresa no mercado em posição de vantagem econômica em relação aos contribuintes que cumprem de maneira regular suas obrigações tributárias e ii) a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), na medida em que o comprometimento da arrecadação afeta a capacidade de o Estado fornecer de maneira adequada serviços de educação, de saúde e de

[1] Juiz Federal. Mestre e Doutorando em Direito pela PUC-SP. Secretário-Geral da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE. (femame@uol.com.br)

segurança, prestações estatais essenciais para a garantia de uma vida digna à população.

Como o Estado deve agir frente a essa prática? Quais sanções administrativas, penais e políticas o Estado pode adotar para impedir essa forma de atuação empresarial? Qual o limite dessa atuação preventiva ou punitiva estatal em face do princípio da livre iniciativa?

2) O déficit fiscal brasileiro

O ano de 2015 caracterizou o Brasil por duas graves crises: a política e a fiscal. Se os problemas políticos tiveram as mais diversas causas, a questão fiscal decorreu basicamente do descompasso que se estabeleceu entre o que Administração arrecadou e o que gastou. Sem entrar no mérito das opções econômicas e políticas feitas pelo Governo Federal quanto à alocação de recursos públicos, tentaremos aqui fazer uma avaliação jurídica de um instituto que pode se viabilizar como mecanismo importante para a arrecadação fiscal propiciando o incremento das receitas públicas: o tratamento diferenciado ao devedor contumaz.

De acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2015 (Lei 13.080/15 – Anexo I), a Dívida Ativa da União, em 2013, foi calculada em R$ 1,273 trilhão[2]. Muito embora se saiba que uma grande parcela desses valores inscritos possa ser composta por tributos prescritos, lançamentos nulos e mesmo dívidas irrecuperáveis em razão da ausência de patrimônio dos devedores aptos a satisfazer a cobrança, não há como deixar de reconhecer que algo está muito errado quando se constata que em 2013, a Justiça Federal, na cobrança da dívida ativa por meio da Execução Fiscal – Lei 6.830/80 -, arrecadou cerca de 15,7 bilhões de reais, o que representa apenas 1% de recuperação do crédito inscrito. Esse número fica ainda mais preocupante quando se sabe que as execuções fiscais na Justiça Federal representam 41,5% dos processos ajuizados[3] .

Evolução da Dívida Ativa da União sob administração da PGFN - R$ milhões

	2012	2013	Variação
Arrecadação	11.630,1	23.469,0	101,8%
Estoque	1.168.282,3	1.273.180,9	9,0%

2

[3] Justiça em Números 2014.: ano base- 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014. p.245 e 257

A arrecadação total da dívida ativa, no valor de 23,469 bilhões se explica pelos programas de recuperação fiscal que o Governo vem lançando na tentativa de melhorar a arrecadação.

O Governo Federal, na busca do equilíbrio das contas públicas, estabeleceu corte no orçamento de 2015 do valor de 69,9 bilhões de reais, o que representou, em termos nominais, o maior contingenciamento de recursos da história do país[4].

Noutro falar, o ajuste fiscal que representou o corte orçamentário de 69,9 bilhões e se apresenta em um cenário em que se espera a contração de 1,2% no Produto Interno Bruto (PIB) em 2015 – o que, se confirmado, virá a ser o pior resultado em 25 anos -, vai implicar uma economia que representa um percentual de pouco mais de 4,6% da dívida inscrita.

Como se sabe, na prática, o ajuste fiscal consiste em duas ações básicas: cortar despesas do governo e elevar a arrecadação. O caminho mais fácil para se promover o incremento da arrecadação é o aumento dos impostos e contribuições. Mas não é o melhor.

Considerando que aumentar a carga tributária em momento de crise econômica não se revele a opção mais eficaz para se alcançar o resultado pretendido, o caminho da busca da maior efetividade na cobrança da dividia ativa surge como solução mais adequada a ser implementada.

Daí ser natural que, em épocas de crise como a atual, o tema da Execução da Dívida Ativa volte ao debate. E foi o que aconteceu no Congresso Nacional. A Câmara dos Deputados montou Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.412, de 2007, que "dispõe sobre a execução administrativa da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas autarquias e fundações públicas, e dá outras providências" ao qual foram apensados PL 5080/09, PL 1575/15, PL 5081/2009, PL 5488/2013 e PL 5082/2009.

As propostas apresentadas e que estão sendo debatidas pela Comissão vão desde a instituição de novos parcelamentos (PL 5488/13), como alterações pontuais na Lei 6.830/80 (PL 1575/15), a instituição da penhora administrativa (PL 5081/09) à modificação completa do modelo de cobrança,

[4] http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/05/governo-bloqueia-r-70-bi-em-gastos-em-2015- e-ve-retracao-de-12-no-pib.html

com a instituição da execução administrativa (PL 2412/07) ou om implemento da transação tributária, que prevê modalidades de transação em processo judicial, em caso de insolvência, falência ou recuperação judicial, por recuperação tributária e transação administrativa por adesão (PL 5082/09).

Também existe na Câmara dos Deputados o PLC 469/2009 que visa à modificação do Código Tributário Nacional, trazendo inovações ao estabelecer o cumprimento do termo de transação como causa de extinção do crédito (art. 156, III) bem como alterações no art. 171, para autorizar lei geral ou específica tratar da transação, com a possibilidade de composição de conflito ou litígio como forma de extinção do crédito tributário, além de prever a hipótese de delegação para a autorização da transação e abrindo a possibilidade de adotar a arbitragem na solução de conflito ou litígio, com laudo vinculante para as partes.

No bojo desse processo de reformulação do modelo legal da cobrança da dívida tributária, entendemos que o direito positivo brasileiro precisa prever um marco regulatório diferenciado aos chamados *devedores contumazes*.

Não vamos, nos limites deste trabalho, analisar situações concretas em que o legislador brasileiro ordinário já procurou estabelecer tratamento diferenciado ao devedor contumaz[5]. A proposta aqui é discutirmos, do ponto de vista principiológico, a compatibilidade desse tratamento com o Texto Constitucional, especialmente em face dos princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

3) Conceito

Podemos definir devedor contumaz como o contribuinte que deixa de recolher o imposto devido de forma sistemática, com o dolo de obter vantagem competitiva, gerando desequilíbrios concorrenciais.

Não se confunde com o contribuinte que deixa de recolher os tributos devidos em razão de problemas eventuais e temporários de caixa, pela interpretação errada da legislação tributária ou mesmo em razão de discussão judicial das exigências fiscais. Esse é o *devedor eventual* de tributos e em relação a ele todo o modelo legal e tradicional de cobrança de dívida se aplica.

[5] ADI 4854 ajuizada pelo PSL contra Lei e Decreto do Rio Grande do Sul que estabeleceram a inclusão de “devedores contumazes” no “Regime Especial de Fiscalização (REF)”.

Ao optar pelo não pagamento da dívida tributária como forma de atuação empresarial, o devedor contumaz provoca, dentre outras, as seguintes consequências:

- Perda de recursos necessários para custear a prestação de serviços públicos essenciais.
- Aumento de tributos para os bons pagadores.
- Eliminação de concorrentes que recolhem os tributos devidos e pratica de concorrência desleal.
- Desestruturação do mercado e incentivo ao crime organizado.
- Preços artificiais e incremento da economia informal.

Esses reflexos que a prática da inadimplência contumaz acarreta, autoriza e justifica, a nosso sentir, um tratamento diferenciado a esse grupo de contribuintes.

4) Sanção política e limites constitucionais

A questão que se coloca é definir até que o ponto o Estado brasileiro poderia estabelecer um marco legal mais restritivo a essa espécie de contribuinte sem violar outras liberdades constitucionais igualmente protegidas, como a da igualdade e da livre iniciativa.

Poderíamos avaliar se o Estado está constitucionalmente autorizado a disciplinar esse comportamento dos contribuintes com sanções de natureza política ou mesmo de natureza penal, para os casos mais graves. Contudo, centralizaremos nossa análise às chamadas sanções políticas, deixando o estudo da compatibilidade do tratamento penal para esse tipo de conduta para uma análise mais aprofundada do fenômeno, baseados no princípio da subsidiariedade do direito penal, vale dizer, a intervenção do Direito Penal só se justifica quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito.

Mas as chamadas *sanções políticas* são compatíveis com o Texto Constitucional?

A doutrina classifica as sanções políticas como as restrições ou proibições impostas ao contribuinte como forma indireta de obriga-lo ao

pagamento do tributo, de que são exemplo a interdição de estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial. [6]

O Supremo Tribunal Federal já analisou a matéria, tendo, em uma oportunidade, assentando o entendimento de que:

> sanções políticas" são "as restrições não razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação do pagamento de tributos". (Ministro Joaquim Barbosa, ADI 3.952/DF).

A impossibilidade de o Estado impor restrições não razoáveis ao exercício da atividade econômica ou profissional também é tratada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas nº 70, 323 e 547, que dispõem:

- ✓ **Súmula 70** – É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.
- ✓ **Súmula 323** – É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.
- ✓ **Súmula 547** – Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

O que propomos aqui é a possibilidade de reavaliação dos limites dessa atuação estatal e na definição de sanção política que seja compatível com o texto constitucional, ao visar coibir comportamento ilegítimo do chamado devedor contumaz.

E os parâmetros que buscamos acrescer à conformação dos limites das sanções políticas são o da livre iniciativa e o da dignidade da pessoa humana.

5) Princípio da Livre iniciativa

umberto Ávila[7] sustenta que, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com base na chamada leitura inversa, é permitido concluir que não existiria a sanção política vedada quando a) a finalidade for diversa da arrecadatório simples, b) recaia sobre atividade ilegítima e c) a conduta resulte na inobservância de direitos dos demais contribuintes. Afirma o autor:

---

[6] BRITO, Hugo de. *Sanções Políticas no direito Tributário*, São Paulo. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 30, mar. 1998, p. 46

[7] ÁVILA, Humberto. *Comportamento Anticoncorrencial e Direito Tributário. In Princípios e Limites da Tributação 2*, Roberto Ferraz (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

> Uma leitura em sentido contrário dos elementos antes expostos, permite concluir, preliminarmente, que não haverá sanção política, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal quando, por exemplo: a medida adota pelo poder público tiver finalidade primordial diversa daquela de cobrar tributos; o efeito da medida recaia sobre atividade ilítica do contribuinte que, em razão disso, não seja digna de proteção por direito constitucional fundamental de liberdade; o efeito da medida incida sobre atividades lícitas de outros contribuintes, essas, sim dignas de proteção por outros direitos fundamentais"

A nosso sentir, o tratamento diferenciado ao devedor contumaz é compatível com o Texto Constitucional porquanto longe de implicar violação à livre iniciativa ele é condição para permitir a sua ampla realização e garantir outro princípio de igual estrutura que com ele não se confunde, mas complementa: o da livre concorrência.

Ao dar um tratamento mais gravoso àqueles que abusam da liberdade de iniciativa e que buscam, por meio do não pagamento deliberado de tributos, alcançar vantagem competitiva em relação aos contribuintes que satisfazem de maneira regular suas obrigações, estará o legislador infraconstitucional apenas reafirmando que o exercício de livre iniciativa não é limitado pelo Estado – *é ao contrário protegido* – quando ele se revele compatível com o princípio da livre concorrência.

Foi o que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento da **AC 1.657-MC:**

> "A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, caput). Lembro que 'livre iniciativa e livre concorrência, esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa (cf. Farina, Azevedo, Saes: Competitividade: Mercado, Estado e Organizações, São Paulo, 1997, cap. IV). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços ...' Calixto Salomão Filho, referindo-se à doutrina do eminente Min. Eros Grau, adverte que 'livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta (...). O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido nocaput do art. 170 da CF, nada mais é do que uma cláusula geral cujo

> conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, consequentemente, ser limitada.'" (**AC 1.657-MC**, voto do rel. p/ o ac. min. **Cezar Peluso**, julgamento em 27-6-2007, Plenário, DJ de 31-8-2007.)

6) Princípio da Dignidade da pessoa humana

Se a defesa do princípio da livre iniciativa é uma das causas justificadoras do tratamento diferenciado ao devedor contumaz, um outro valor constitucional que justificaria a adoção pelo Estado de uma marco regulatório mais restritivo aos contribuintes que adotem essa prática é o da dignidade da pessoa humana.

Explico. Embora saibamos que hoje o Poder Judiciário venha assumindo uma posição privilegiada em face dos demais Poderes do Estado, informando sua atuação pela preferência dos princípios em relação às regras, pela ponderação em substituição à subsunção - como forma de realizar a Justiça individual - o que faz, por outro lado, que se abra um espaço extraordinário para uma grande subjetividade judicial que encontra no campo amplo e indeterminado dos princípios constitucionais sempre alguma causa de justificação para uma determinada decisão, o que permite, por exemplo, que vários direitos sejam concretizados apenas com base na justificativa no princípio da dignidade da pessoa humana (*a Justiça Federal já autorizou, por exemplo, o levantamento de saldo do FGTS para o pagamento de pensão alimentícia com base nesse princípio*[8]), entendemos que ele poder ser

[8] O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) pode ser utilizado para pagamento de pensão alimentícia. Esse foi o entendimento reafirmado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) na sessão de julgamento realizada nesta quarta-feira (12/3/14), em Brasília. O colegiado decidiu restabelecer uma sentença que havia autorizado a expedição de alvará para levantamento do saldo do FGTS para que um trabalhador de Santa Catarina pudesse pagar montante decorrente de pensão homologada em ação de investigação de paternidade. Conforme o artigo 20, da Lei 8.036/90, o Fundo de Garantia só pode ser utilizado em determinados casos, como despedida sem justa causa; extinção da empresa; aposentadoria; falecimento do trabalhador; pagamento de prestações de financiamento habitacional; quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos fora do regime do FGTS; entre outras situações. No entanto, o relator do processo na TNU, juiz federal Gláucio Maciel, explica que esses critérios têm caráter meramente exemplificativo, já que o saque do Fundo pode ocorrer em outras hipóteses não previstas na legislação. "Entre elas, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, está a obrigação alimentícia devida pelo titular da conta vinculada a seus dependentes, em decorrência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana", fundamentou o magistrado em seu voto. Ainda segundo o relator, o acórdão da Turma Recursal de Santa Catarina destoou da decisão

objetivamente tratado pelo Supremo Tribunal Federal como parâmetro para coibir o comportamento do devedor contumaz na medida em que a prática – não pagamento de tributos – traz como consequência direta a limitação da atuação na prestação dos serviços públicos essenciais em virtude da diminuição dos recursos públicos.

A atividade da Administração Pública é - *e tem de ser* - ininterrupta, não admitindo a paralisação nos serviços básicos, cujas funções são essenciais ou necessárias a toda coletividade, como, por exemplo, os serviços de saúde, justiça, segurança pública, transporte, entre outros. Mas para que isso se implemente, o Estado precisa de recursos.

Um Estado eficiente e deferente ao princípio da dignidade da pessoa humana é aquele que presta, executa e regula concretamente suas atividades. Como nos afirma Ingo Sarlet[9]:

> A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange mais do que os direitos prestacionais, mesmo que seja este marco distintivo deles. Tal tarefa, de cunho negativo, exige também do Estado investimentos de monta razoável o que parece ser o motivo final de sua insuficiência.

7) Conclusão

Buscamos demonstrar, nos limites deste trabalho, que o devedor contumaz, ou seja, aquele contribuinte que não se confunde com o devedor eventual exatamente porque orienta a sua atividade empresarial na lógica de não pagar tributos como forma de ganhar vantagem competitiva no mercado em que atua, deve ter um tratamento legal diferenciado em relação aos contribuintes ordinários que podem até enfrentar situações temporárias e esporádicas de inadimplência.

Esse tratamento diferenciado dar-se-ia pela adoção de um marco regulatório que estabelecesse sanções políticas que coibissem o comportamento adotado.

Sanções políticas que, conforme procuramos demonstrar, podem sim ser consideradas legítimas à luz da própria jurisprudência do Supremo Tribunal

---

do STJ, que deve prevalecer, porque as hipóteses legais são apenas exemplares e a necessidade de alimentos é consequência do direito à vida, o qual é assegurado pela Constituição Federal. Processo 5000194-75.2011.4.04.7211 (fonte: www.jf.jus.br) (*destaquei*).

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Federal quando se revelarem como essenciais à implementação dos princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

8) Bibliografia

ÁVILA, Humberto*. Comportamento Anticoncorrencial e Direito Tributário. In Princípios e Limites da Tributação 2*, Roberto Ferraz (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2009

ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência.* Revista Eletrônica de Direito do Estado – número 17, janeiro/feveiro/março de 2009. (www.direitodoestado.com.br)

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OBBIO, Norberto*. A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITO, Hugo de. *Sanções Políticas no direito Tributário, São Paulo. Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 30, mar. 1998

CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário, linguagem e método*. 5ª edição, São Paulo. Editora Noeses, 2013.

COSTA, Regina Helena*. Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária: Introdução à Justiça Fiscal Consensua*l. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

GOMES, Marcus Lívio. *Extinção do Crédito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

MACHADO, Hugo Britto. *A transação no direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 75*, São Paulo, 2001

McNAUGHTON, Charles William. *Elisão e Norma Antielisiva. Completabilidade e Sistema Tributário.* São Paulo: Noeses, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Fernando Marcelo. *Interpretação e a Construção do Sentido da Norma: Limites Objetivos*. In Ensaios sobre a Jurisdição Federal. CARVALHO, Paulo de Barros e LINS, Robson Maia. (coord.). São Paulo: Noeses, 2014.

MENDONÇA, Priscila Faricelli. *Arbitragem e transação tributárias*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1ª. Edição, 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Vol.2*. Parte Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 20ª. Edição, 1991

SARAIVA Filho, Oswaldo Othon de; Guimarães, Vasco Branco (org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso*, São Paulo: Fórum, 2008. p. 167-190

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SCHOUERI. Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2015

TEIXEIRA, Daniel Alves. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.* UERJ - RFPTD v.2, n.2, 2014

TORRES, Heleno Taveira. *Transação em matéria tributária e a nova execução fiscal administrativ*a. Revista de Estudos Tributários. Ano XI – Edição Especial. IOB .

SILVA, Vírgilio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. 1ª. Edição, 2ª tiragem São Paulo: Malheiros, 2007

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. São Paulo: Editora RT, 1994.

Direito de asilo e a perseguição por pertencimento a um grupo social específico: a aplicação aos indivíduos perseguidos em razão de sua orientação sexual

Fernanda de Andrade Freire Lima[1]

Resumo: O direito de asilo é o direito de um cidadão ameaçado de buscar refúgio em outro Estado. É um direito subjetivo dos indivíduos que são vítimas de perseguição no Estado do qual são nacionais ou no Estado onde habitualmente residam. A definição da Convenção de Genebra de 1951 da condição de refugiado considera não apenas as situações em que exista atividade em favor de causas ou ideais, mas também as situações que têm relação com vítimas passivas de perseguição, a chamada "perseguição da diferença". Assim, a concessão do direito de asilo é justificada pela perseguição por motivos de nacionalidade, de raça, de etnia, de religião, de opinião ou atividade política e de pertencimento a um grupo social específico. Sobre este último, são apresentadas neste trabalho as visões da Organização das Nações Unidas, da União Europeia e da legislação portuguesa sobre a possibilidade de homossexuais perseguidos em seu país de origem serem considerados um grupo social específico para a concessão do direito de asilo.

Palavras-chave: asilo, refugiado, perseguição, homossexualidade

Abstract: The right of asylum is the right of anyone who is endangered in your own country to seek refuge in another country. It's a personal right of those who are victims of persecution in the State they were born or in which they live regularly. The definition of refugee given by the Geneva Convention of 1951 considers not only the circumstances in which one

Key words: asylum, refugee, persecution, homosexuality.

[1] Mestranda em Direitos Humanos na Universidade do Minho. Bacharela em Direito, formada na Universidade de Brasília. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil. Endereço eletrônico: fernandaaflima@gmail.com

1. Introdução

O direito de asilo é o direito de um cidadão ameaçado de buscar refúgio em outro Estado[2]. É um direito subjetivo dos indivíduos vítimas de perseguição no Estado do qual são nacionais ou no Estado onde habitualmente residam. Apenas é invocável perante Estados que o tenham previsto na suas ordens jurídicas e, neste contexto, é obrigação destes Estados dar proteção ao indivíduo requerente.

Alguns Estados, portanto, optam por abdicar de um aspecto da sua soberania: a autoridade de determinar, discricionariamente, quais estrangeiros serão admitidos em seu território. Ao reconhecer que estrangeiros vítimas de perseguição têm um direito oponível às autoridades responsáveis pela aplicação das medidas que impedem o ingresso dos não-nacionais ou que os afastam, os Estados comportam-se de maneira diferente da habitual, no tocante à entrada e permanência de estrangeiros.

O direito de asilo é um direito de *status* positivo, ou seja, de exigir prestações positivas do Estado. É, essencialmente, um direito à proteção, que compreende deveres, mas que compreende, principalmente, um conjunto de direitos exigíveis do Estado acolhedor. Por ser um direito complexo, compreende também direitos a abstenções por parte do Estado, como o direito de não expulsão para o país de origem (direito ao *non-refoulement*). Mas são os direitos positivos que constituem o núcleo do direito de asilo.

A proteção das pessoas é responsabilidade do Estado de que são nacionais ou do Estado onde habitualmente residem. Apenas na hipótese destes falharem no seu dever é que a comunidade internacional e os demais Estados podem ser convocados para a garantia da proteção que o Estado de origem não pode ou não quer dar. O direito de asilo pressupõe a ausência de proteção nacional[3].

A definição da condição de refugiado foi apresentada pela Convenção de Genebra da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados. No documento, são definidas como refugiadas todas as pessoas que, receando com razão serem perseguidas em virtude da raça, da religião, da

[2] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 402.
[3] OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto. *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 225-226.

nacionalidade, da filiação em certo grupo social ou das opiniões políticas, encontrem-se fora do país de que têm a nacionalidade e não possam ou, em virtude do dito receio, não queiram pedir a proteção daquele país.

É sobre a perseguição motivada pelo pertencimento a um grupo social específico que recairá a análise do presente trabalho. A perseguição por filiação em certo grupo social é o motivo apresentado na Convenção de Genebra de forma mais nebulosa, pois o documento não define exatamente quais os parâmetros a serem aplicados para identificar quem são as vítimas de discriminação segundo esta motivação.

O pertencimento a um grupo social específico recebeu da doutrina uma interpretação restritiva e uma interpretação mais liberal. Na primeira, o entendimento foi que tal motivação apenas era aplicável aos grupos sociais decorrentes dos outros motivos de perseguição (raça, nacionalidade, religião e opinião política). Na segunda, a compreensão foi no sentido de que a pertença a um grupo social deveria ser interpretada de forma dinâmica, ou seja, a aplicação do previsto na Convenção de Genebra poderia ocorrer em circunstâncias não previstas à época[4].

No âmbito do entendimento mais liberal, há uma discussão atual sobre a possibilidade de considerar as perseguições fundadas na orientação sexual como motivadas pela filiação em certo grupo social. Uma vez assim entendidas, tais perseguições justificariam a concessão do direito de asilo. A seguir, serão apresentadas as interpretações sobre o assunto nas esferas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito da União Europeia e do Direito de Portugal.

2. O entendimento da ONU sobre o tema

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) publicou, em 2012, as Diretrizes Sobre Proteção Internacional nº 9, as quais dispõem sobre as solicitações de refúgio baseadas na orientação sexual e/ou identidade de gênero no contexto do previsto na Convenção de Genebra de 1951.

As Diretrizes iniciam-se com o reconhecimento da violência e da perseguição sofridas por indivíduos em razão da sua orientação sexual, real ou percebida por terceiros, em diversas partes do mundo. Segundo o documento, vários países já estão cientes de que a perseguição a Lésbicas, Gays, Bissexuais,

[4] OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto. *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental,* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 300-301.

Transexuais e Intersexuais (LGBTI) pode ensejar a concessão do direito de asilo, pois a motivação da intolerância encaixa-se na definição de refugiado da Convenção de 1951.

O documento do ACNUR ressalta que os indivíduos LGBTI são vítimas das mais variadas violações de direitos humanos, como assassinatos, violência sexual, agressões físicas, negação dos direitos de reunião, de informação e de expressão e, ainda, discriminação no trabalho, na saúde e na educação. Além disso, muitos Estados têm uma legislação severa que crimializa as relações entre pessoas do mesmo sexo, às vezes impondo como punição prisão, punição corporal e/ou pena de morte. Atualmente, setenta e seis países criminalizam o contato sexual entre pessoas do mesmo sexo. Destes, sete punem os atos homossexuais com pena de morte: Irã, os estados do norte da Nigéria, Mauritânia, Arábia Saudita, partes do sul da Somália, Sudão e Iêmen[5].

As Diretrizes do ACNUR destacam os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero, adotados em 2007. Ainda que não seja um documento vinculante, ali estão dispostos os princípios de Direito Internacional no contexto da orientação sexual e/ou identidade de gênero. O Princípio 23 dispõe que toda pessoa tem o direito de buscar e de desfrutar de asilo para escapar de perseguição relacionada à orientação sexual e que um Estado não pode transferir, expulsar ou extraditar uma pessoa para outro Estado no qual ela tema enfrentar tortura ou perseguição em virtude de sua orientação sexual.

As Diretrizes dispõem que uma análise apropriada sobre um pedido de asilo fundamentado na orientação sexual deve partir da premissa de que o requerente possui o direito de viver em sociedade sem a necessidade de esconder o que é. A orientação sexual é um aspecto essencial da identidade das pessoas. É inata e imutável, logo não se pode requerer que o indivíduo abdique dela.

Ainda, as Diretrizes afirmam que a orientação sexual do requerente é relevante quando ele vem de um Estado no qual a sua orientação não é vista como adequada diante das normas políticas, culturais ou sociais predominantes. Em geral, a reprovação da sociedade sobre as identidades sexuais e sobre a forma como elas

[5] JANSEN, Sabine; SPIJKERBOER, Thomas. *Fleeing Homophobia: asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe,* Amsterdam: COC Netherlands, VUUniversity Amsterdam, 2011, p. 21.

se expressam não está reduzida às práticas sexuais, mas estende-se ao comportamento desconforme com os valores sociais exigidos pela comunidade. A definição de quem são os homens e as mulheres e como eles e elas devem comportar-se é baseada em padrões heteronormativos. Assim, os indivíduos podem sofrer violência como uma forma de punição pela sua orientação sexual.

Um ponto muito delicado na análise dos pedidos de asilo motivados pela perseguição em razão da orientação sexual é a apuração da veracidade das alegações do requerente. Conforme as diretrizes do ACNUR, a verificação do passado do requerente homossexual é essencialmente uma questão de credibilidade e a avaliação, nestes casos, deve ser individualizada e sensível. As autoridades devem explorar elementos que remetam às experiências e aos sentimentos de desigualdade e de vergonha vivenciados pelo requerente. As perguntas, abrangentes ou específicas, mas sem conotação de juízos de valor, permitem que o requerente explique o seu pedido sem sentir-se confrontado. Elaborar uma lista de perguntas para a entrevista pessoal pode ser útil, mas não se pode esquecer que não existe um conjunto de respostas corretas.

As diretrizes sugerem áreas úteis de investigação a fim de apurar a credibilidade das alegações, como a autoidentificação, a infância, as relações familiares, os relacionamentos afetivos e sexuais e a religião, dentre outras. Segundo o documento, a autoidentificação como homossexual deve ser considerada como uma indicação da orientação sexual do requerente, embora alguns indivíduos possam nutrir profunda vergonha ou homofobia internalizada, fazendo com que eles neguem sua orientação e adotem um comportamento heteronormativo. Sobre a infância, a sondagem de experiências de desigualdade nesta altura pode ser útil, pois é comum que homossexuais sintam-se diferentes quando crianças, apesar de não compreenderem ainda a sua identidade.

Quanto às relações familiares, as diretrizes sugerem a investigação sobre a revelação da orientação sexual para a família e possíveis reações violentas e abusivas. Ainda, o documento destaca que o fato do requerente ter sido casado com uma pessoa do sexo oposto e ter filhos não significa que o requerente não é homossexual. As razões do casamento devem ser questionadas e, caso o requerente consiga explicá-las, essa parte do depoimento deve ser considerada digna de confiança. Sobre os relacionamentos afetivos e sexuais, as diretrizes lembram que nem todo requerente já manteve relações afetivas, por ser muito jovem

ou por ser de um país altamente intolerante. Questões detalhadas sobre a vida sexual do requerente não devem ser postas. As autoridades devem sempre ter em mente que a orientação sexual diz respeito à identidade do indivíduo, independentemente desta identidade ser manifestada por meio de atos sexuais. Ainda, perguntas sobre religião podem ser úteis, pois a influência da religião na vida dos homossexuais pode ser complexa, dinâmica e uma fonte de ambivalência.

Sobre as provas, as diretrizes dispõem que, em geral, o testemunho do requerente é a única fonte de provas. Provas documentais ou fotográficas de atos íntimos e demonstrações físicas durante a entrevista são ilegítimas. Testes médicos violam diretos humanos básicos. Informações específicas e relevantes sobre o tratamento dos homossexuais no país de origem muitas vezes inexistem. Isso não significa que a alegação do requerente não tem fundamento ou que não existe perseguição naquele país. A capacidade das organizações internacionais de monitorar os abusos contra homossexuais permanece limitada em muitos Estados, pois defensores dos direitos humanos têm sofrido ataques, o que os impede de documentar as violações.

Para as Nações Unidas, o princípio da não discriminação disposto na Convenção de 1951 deve ser interpretado e aplicado favoralvemente àqueles que sofrem perseguição por sua orientação sexual, ainda que tal motivação não esteja expressa. Nesse ponto, é possível perceber que a interpretação adotada pela ONU foi a mais liberal.

A interpretação restritiva não é útil, pois não acrescenta nada de novo. Ora, a concessão do direito de asilo já é garantida para aqueles que sofrem perseguição em razão da raça, da nacionalidade, da religião e da opinião política. Não faz sentido que a Convenção tenha previsto a perseguição por filiação a um grupo social atrelada aos outros motivos de perseguição. Ao contrário, entende-se que a Convenção quis dar relevância autônoma à pertença a um grupo social específico, pois assim é possível garantir proteção àqueles que são perseguidos por motivações não previstas na Convenção e nas legislações nacionais. A interpretação liberal é a mais acertada justamente porque toma em consideração que podem existir lacunas legislativas decorrentes de situações novas, como a perseguição fundada na orientação sexual.

3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o tema

A questão sobre a concessão do direito de asilo aos indivíduos perseguidos em razão da sua orientação sexual foi analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) nos processos apensos C-199/12 a C-201/12[6], nos quais o Conselho de Estado dos Países Baixos submeteu ao TJUE questões prejudiciais de interpretação sobre se cidadãos de países terceiros (não pertencentes à União Europeia) com uma orientação homossexual constituem um grupo social específico e se a simples criminalização das práticas homossexuais e a ameaça com pena de prisão constituem um ato de perseguição.

Nos casos originários, X, Y, Z, nacionais da Serra Leoa, do Uganda e do Senegal, respectivamente, apresentaram pedidos de concessão do estatuto de refugiado às autoridades dos Países Baixos. Como fundamento do pedido, alegaram o receio de serem perseguidos em seus países de origem por serem homossexuais. Nos três países mencionados, a homossexualidade é criminalizada.

Nestas circunstâncias, o TJUE entendeu que os estrangeiros vindos de países nos quais há uma legislação penal que puna a homossexualidade devem ser considerados pertencentes a um determinado grupo social, conforme o disposto no artigo 10º, nº 1, alínea "d", da Diretiva 2004/83/CE. Isso porque é pacífico no entendimento do Tribunal que a orientação sexual de uma pessoa constitui uma característica essencial para a sua identidade, à qual não se pode exigir renúncia. Além disso, a existência de legislação penal que visa especificamente os homossexuais leva à conclusão de que estas pessoas constituem um grupo à parte, visto como diferente pela sociedade.

O TJUE considerou também que a mera criminalização das práticas homossexuais não constitui um ato de perseguição. No entanto, uma legislação que preveja pena de prisão para atos homossexuais e que seja efetivamente aplicada deve ser considerada desproporcionada ou discriminatória, constituindo, assim, um ato de perseguição (segundo interpretação do artigo 9°, n°1, conjugado com o artigo 9°, n° 2, alínea "c", ambos da Diretiva 2004/83/CE).

O TJUE entendeu, ainda, que só as práticas homossexuais criminosas segundo a legislação nacional dos Estados Membros é que estão excluídas do

[6] Ver Acórdão X, Y, Z, processos apensos C-199/12 a C-201/12, de 7 de novembro de 2013, do Tribunal de Justiça da União Europeia.

âmbito de aplicação da Diretiva ,em consonância com o artigo 10°, n° 1, alínea “d”, lido em conjugação com o artigo 2°, alínea “c”. Mais, estabeleceu que quando as autoridades apreciam um pedido de concessão do estatuto d erefugiado não podem esperar que o requerente dissimule a sua homossexualidade ou a expresse com reserva no seu país de origem, a fim de evitar o risco de perseguição.

Esta decisão do TJUE merece crítica apenas no ponto em que afirma que a mera criminalização dos atos homossexuais não constitui uma atitude persecutória. Ora, os nacionais de países que criminalizam a homossexualidade estão sempre sujeitos aos processos judiciais e a própria criminalização por si só já é suficiente para reforçar um ambiente de homofobia, no qual os agentes do Estado e os demais cidadãos sentem-se autorizados a perseguir e a machucar os indivíduos homossexuais com a certeza da impunidade[7].

É oportuno trazer também a decisão do Tribunal sobre os processos apensos C-148/13 a C-150/13[8], nos quais o Conselho de Estado dos Países Baixos, novamente, submeteu uma questão prejudicial à análise do TJUE. Nestes processos, os Países Baixos questionaram quais as restrições impostas pelo art. 4º da Diretiva 2004/83/CE e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à forma de avaliação da credibilidade da orientação sexual alegada.

Isso porque A, B e C, nacionais de países não pertencentes à comunidade européia, apresentaram às autoridades dos Países Baixos pedidos de concessão do estatuto de refugiado justificados no receio de perseguição que poderiam sofrer nos seus respectivos países em razão da sua homossexualidade[9]. Os três pedidos foram indeferidos pelo Secretário de Estado do Ministério da Segurança e da Justiça por não serem considerados credíveis.

Sobre a questão prejudicial suscitada, o TJUE declarou que a apreciação dos pedidos fundamentados em receio de perseguição devido à homossexualidade dos requerentes não pode ser baseada em estereótipos sobre os homossexuais, segundo o artigo 4°, n° 3, alínea “c”, da Diretiva 2004/83/CE e o artigo 13°, n° 3, alínea “a”, da Diretiva 2005/85/CE.

---

[7] JANSEN, Sabine; SPIJKERBOER, Thomas. *Fleeing Homophobia: asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe,* Amsterdam: COC Netherlands, VUUniversity Amsterdam, 2011, p. 21.

[8] Ver Acórdão A, B, C, processos apensos C-148/13 a C-150/13, de 2 de dezembro de 2014, do Tribunal de Justiça da União Europeia.

[9] Importa esclarecer, desde logo, que tanto o acórdão, quanto as conclusões da Advogada-Geral do Tribunal de Justiça da União Européia não informaram as nacionalidades dos requerentes.

Declarou, ainda, que as autoridades não podem proceder a interrogatórios detalhados sobre as práticas sexuais do requerente, conforme o artigo 4° da Diretiva 2004/83/CE, lido à luz do artigo 7° da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Mais, o TJUE entendeu que a prática de atos homossexuais, a sujeição a testes e a apresentação de vídeos íntimos não podem ser aceitas pelas autoridades como provas da homossexualidade do requerente, nos termos do artigo 4° da Diretiva 2004/83/CE, lido à luz do artigo 1° da Carta.

Por fim, as autoridades não podem concluir pela falta de credibilidade das declarações do requerente argumentando, exclusivamente, que a pretensa orientação sexual não foi invocada na primeira oportunidade dada ao requerente para expor os motivos da perseguição, conforme interpretação do artigo 4°, n° 3, da Diretiva 2004/83/CE e do artigo 13°, n° 3, alínea “a”, da Diretiva 2005/85/CE.

O problema fundamental dos processos apensos C-148/13 a C-150/13 é que tanto as Diretivas, quanto a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não estabelecem diretrizes quanto ao modo de apreciação da credibilidade dos requerentes. Embora a decisão do TJUE seja uma importante jurisprudência para casos semelhantes, ainda permanecem lacunas sobre os procedimentos adequados a serem adotados em pedidos de asilo fundamentados na perseguição devido à homossexualidade. Obviamente, o Tribunal age por provocação e, portanto, só pode responder o que foi perguntado pelo juiz de reenvio.

Dessa forma, considera-se necessária a elaboração de normas de direito comunitário que determinem o que é legítimo ou não na apreciação da credibilidade dos pedidos de asilo. Enquanto isso não for feito, o desrespeito aos direitos fundamentais reconhecidos na Carta pode continuar a ocorrer. Além do acórdão dos processos apensos C-148/13 a C-150/13 não ter abordado todas as situações de violações aos direitos possíveis, os Estados Membros que intervieram no processo têm opiniões diferentes sobre o assunto.

Por exemplo, a República Checa preconiza o uso de métodos menos invasivos na vida privada do requerente, mas afirma que a possibilidade de recorrer a outros procedimentos não deve ser excluída, caso não seja possível estabelecer a credibilidade por métodos menos exigentes e o requerente dê o seu consentimento.

A Diretiva 2004/83/CE, em seus considerandos 3, 16 e 17, dispõe que a Convenção de Genebra constitui a pedra angular do regime jurídico internacional relativo à proteção dos refugiados e que as disposições desta diretiva relativas às

condições de concessão do estatuto de refugiado e ao respectivo conteúdo foram adotadas para auxiliar as autoridades competentes dos Estados Membros a aplicar esta Convenção, com base em conceitos e critérios comuns.

Enquanto o Direito da União não fornece parâmetros para a apreciação da credibilidade dos pedidos de asilo de homossexuais, talvez seja útil que os Estados Membros sigam as orientações disponíveis nas Diretrizes Sobre Proteção Internacional nº 9 do ACNUR, já mencionadas, que complementam e esclarecem as disposições da Convenção de Genebra.

Por fim, não é claro se o legislador ponderou especificamente o peso que a avaliação da credibilidade pode assumir na decisão de casos em que o pedido de asilo é fundamentado na orientação sexual do requerente, mas não existem provas que corroborem a sua alegada homossexualidade. Nestas situações, a conduta do requerente durante a exposição do caso é tão importante como a própria exposição.

A Diretiva 2005/85/CE, em seus artigos 12º e 13º, não obriga que a decisão seja proferida pela mesma pessoa que conduz a entrevista pessoal. Assim, a decisão pode ser tomada por uma pessoa que não tenha ouvido nem visto o requerente, apenas com base em um processo, possivelmente com espaços em branco, os quais indicam que o requerente não respondeu a determinadas perguntas. Por isso, é importante que o responsável pela decisão tenha oportunidade de ver e de ouvir o requerente apresentar a sua exposição ou, no mínimo, disponha de um relatório detalhado sobre a sua conduta no decurso da entrevista.

4. A legislação de Portugal sobre asilo e filiação em certo grupo social

A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 33º, nº 8, consagra que o direito de asilo é garantido “aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana”.

Ademais, a Convenção de Genebra da ONU, de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, encontra-se entre as regras de Direito Internacional aplicáveis em Portugal. O artigo 8º, nº 2, da Constituição portuguesa dispõe que as “normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto

vincularem internacionalmente o Estado Português". Conforme tal previsão constitucional, a Convenção de Genebra foi regularmente ratificada por Portugal e publicada oficialmente. Por isso, Portugal encontra-se internacionalmente vinculado à Convenção e ela constitui direito convencional.

Vale repisar que, segundo a Convenção, são refugiadas todas as pessoas que, receando com razão serem perseguidas em virtude da raça, da religião, da nacionalidade, da filiação em certo grupo social ou das opiniões políticas, encontrem-se fora do país de que têm a nacionalidade e não possam ou, em virtude do dito receio, não queiram pedir a proteção daquele país.

Vê-se, portanto, que a Convenção considera não apenas as situações em que exista atividade em favor de causas ou ideais, como faz a Constituição portuguesa, mas também as situações que têm relação com vítimas passivas de perseguição, a chamada "perseguição da diferença"[10].

A Lei nº 27/2008, a Lei do Asilo, põe, lado a lado, a definição constitucional e a definição da Convenção de Genebra para determinar quem são as pessoas que podem usufruir do benefício do direito de asilo (ver artigo 3º, nº 1 e nº 2). Ademais, a Lei nº 27/2008 foi elaborada para transpor para a ordem jurídica portuguesa as Diretivas comunitárias sobre o tema, dentre elas a Diretiva 2004/83/CE. Esta apresenta uma definição de refugiado quase idêntica à definição da Convenção, estendendo os motivos de perseguição previstos aos apátridas (ver artigo 2º, alínea "c"). Assim, a concessão do direito de asilo é justificada pela perseguição por motivos de nacionalidade, de raça, de etnia, de religião, de opinião ou atividade política e de pertencimento a um grupo social específico.

A Lei nº 27/2008 define, em seu artigo 2º, nº 1, alínea "n", subalínea "iv", que configura-se um grupo social específico quando i) os membros "partilham de uma característica inata ou de uma história comum que não pode ser alterada, ou partilham de uma característica ou crença considerada tão fundamental para a identidade ou consciência dos membros do grupo que não se pode exigir que a ela renunciem" e ii) o grupo "tenha uma identidade distinta no país em questão, porque é encarado como diferente pela sociedade que o rodeia".

Além disso, o artigo 2º, nº 2, da Lei nº 27/2008, prevê que, a depender das circunstâncias no país de origem, um grupo social específico pode abranger um

[10] OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto. *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental,* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 290-291.

grupo com uma característica comum de orientação sexual, desde que esta não inclua atos tipificados como crime, ou um grupo baseado na identidade de gênero, embora este, por si, não crie uma presunção de qualificação como grupo.

Ambas as disposições supracitadas da Lei nº 27/2008 têm o texto quase idêntico ao disposto no artigo 10º, nº 1, alínea "d", da Diretiva 2004/83/CE, o que indica a preocupação do legislador português em transpor de forma responsável a norma comunitária.

Ainda que a decisão proferida em um acórdão interpretativo vincule apenas o juiz nacional que recorreu ao TJUE, o entendimento expresso nestes processos é importante porque o TJUE admite que a autoridade do acórdão pode ultrapassar o caso concreto, isto é, os tribunais superiores dos Estados Membros ficam dispensados da obrigação de reenvio prejudicial sempre que a questão de interpretação a eles apresentada já tenha sido julgada por acórdão anterior do Tribunal[11].

Assim, os demais Estados Membros da União Europeia, dentre eles Portugal, já têm exemplos a seguir caso recebam pedidos de concessão de asilo fundamentados na perseguição que os requerentes sofreram ou podem vir a sofrer em razão da sua orientação sexual. Como foi demonstrado pelo TJUE, o motivo de perseguição por pertencimento a um grupo social específico é perfeitamente aplicável nesses casos.

Aliás, a jurisprudência do TJUE parece já surtir efeito em Portugal. Em 2014, após a decisão que confirmou o direito de asilo para homossexuais perseguidos em seus países de origem, Portugal recebeu vinte e seis pedidos de asilo com esta fundamentação, enquanto entre os anos de 2000 e 2010, apenas onze pedidos justificados dessa forma foram apresentados[12].

5. Considerações finais

Por todo o exposto, resta demonstrado que o motivo de perseguição por pertencimento a um grupo social específico é plenamente compatível com a situação

[11] CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Européi*a, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 437-438.

[12] HENRIQUES, Ana. "Ucranianos foram quem mais pediu asilo a Portugal em 2014", *Público*, 13 de janeiro de 2015, disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/ucranianos-foram-quem-mais-pediu-asilo-a-portugal-em-2014-1681956>.

dos homossexuais perseguidos em seus países de origem ou onde habitualmente residam, no caso dos apátridas. Criminalizar a orientação sexual de um indivíduo é criminalizar um dos aspectos de sua essência como pessoa.

As entidades preocupadas com a garantia dos Direitos Humanos, sejam elas os Estados, a Organização das Nações Unidas ou a União Europeia, parecem todas alinhadas no entendimento da concessão de asilo para os indivíduos que sofrem discriminação e perseguição grave em razão de sua orientação sexual. A Lei do Asilo portuguesa tem todos os elementos necessários para proteger pessoas que encontrem-se nesta situação e que recorram ao Estado português para ter acesso ao direito de asilo.

A perseguição em razão da orientação sexual é dirigida a um grupo social com uma característica inata essencial para a identidade. A proteção desses indivíduos tem uma relação direta com o direito à igualdade, garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Constituição da República Portuguesa. A igualdade de todos perante a lei só pode ser garantida quando também estão garantidas a dignidade e a liberdade dos indivíduos de viverem de acordo com as suas próprias convicções.

6. Referências Bibliográficas

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Européia,* Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* Coimbra: Almedina, 2003.

Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, Diretrizes Sobre Proteção Internacional nº 9, de 23 de outubro de 2012.

HENRIQUES, Ana. "Ucranianos foram quem mais pediu asilo a Portugal em 2014", *Público*, 13 de janeiro de 2015, disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/ucranianos-foram-quem-mais-pediu-asilo-a-portugal-em-2014-1681956>.

JANSEN, Sabine; SPIJKERBOER, Thomas. *Fleeing Homophobia: asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe,* Amsterdam: COC Netherlands, VUUniversity Amsterdam, 2011.

OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto. *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental,* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Nações em choque: confiança ou desconfiança nas instituições politicas? Qual a sua importância na linguagem dos direitos humanos?

Alexandre Ricardo Machado[1]
Patrícia Susana Baía da Costa Colaço Machado[2]

RESUMO

O presente trabalho tem como proposta e objetivo insistir na importância da distinção e ao mesmo tempo da relação entre conceitos que se interrelacionam superiormente com direitos humanos, nomeadamente o direito à vida e o direito à dignidade humana ou até o direito à migração, ao espaço. Propõe-se na base desta investigação decifrar e associar ou dissociar conceitos político-sociológicos e jurídicos como: eugenia, sistemas políticos e direitos humanos centrados, no que para aqui importa, na sua vertente legal.

Sem menosprezo das múltiplas posições políticas e dos distintos enquadramentos teóricos tem-se contudo a noção que quase todos no quotidiano esquecem ou pelo menos são indiferentes, incluindo Governos e outras organizações jurídico-políticas, da atual e perseverante influência das teses sobre eugenia nos sistemas políticos e como estes a repassam na sua ação quotidiana para exigir ou omitir o cumprimento dum amplo leque de direitos humanos e da prossecução da justiça social.

Precisamente porque a posição radical e demagógica de algumas organizações políticas as obriga, em conformidade com as ideologias obstinadas que perfilham e do populismo exacerbado que cultivam, à opção por fundamentalismos que excluem as diferenças que prefiguram “no outro” e que, no fundo, implica o condicionamento, pela via dum exacerbado “nacionalismo”, do perfil humanista dos estados democráticos a pretexto de imposições mais ou menos tecnicistas da sua visão do mundo.

Esta intenção de domínio não raro associada a interesses político- económicos e sociais, assenta na relação almejada de superioridade/submissão, do que resulta a intolerância a desvios e diferenças numa ordem económica e social proclamada que expurgará a sociedade de todas as manchas.

PALAVRAS-CHAVE: Eugenia, Sistemas Políticos, Sistemas eleitorais, Direitos humanos.

ABSTRACT

The intention and objective of the present are the importance of the distinction and at the same time the relationship between concepts that interrelate superiorly

[1] Professor, Consultor e Advogado Especializado em Direito do Petróleo e Gás, Doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Bolsista CAPES.
[2] Jurista, pós-graduada em Direito Marítimo e doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra na especialidade de Direito Público.

with human rights, including the right to life and the right to human dignity or to the right to migration into space. It is proposed on the basis of this research and decipher associate or dissociate political and sociological concepts and legal as eugenics, political systems and focused human rights in that matter here, in the legal aspect.

Without belittling the multiple political positions and different theoretical frameworks it has however the notion that almost everyone in everyday forget or at least are indifferent, including governments and other legal and political organizations, the current and persevering influence of theories on eugenics in political systems and how they pass it on their daily action to demand or omit the performance of a wide range of human rights and the pursuit of social justice.

Precisely because the radical and populist position of the some political organizations requires them, in accordance with the stubborn ideologies that agree and the populism farming, the choice of fundamentalisms that exclude differences that prefigure "the other" and that, in essence, implies conditioning, by means fo an exaggerated "nationalism", humanism profile of democratic states under the pretext of charges about techncists of his world view.

This intention area often associated with political, economic and social interests, based on the desired relationship of superiority/submission, resulting intolerance to deviations and differences in proclaimed economic and social order that will purge society of all stains.

KEYWORDS: Eugenics, Political Systems, Electoral Systems, Human Rights.

INTRODUÇÃO

A estrutura do texto será fácil de entender: selecionámos por isso alguns tópicos a analisar, e são quatro - a eugenia, retratando o seu passado, presente, e, como este conceito se interrelaciona e articula com os direitos humanos. Nomeadamente, como este postulado tem estado assente nos movimentos jurídico-políticos de cada Nação nos séculos XIX, XX e XXI – conjugando algumas áreas de verificação-experimentação – xenofobia e terrorismo – com a intenção de conseguir ponderar até que ponto a biologia de finais do século[3] XIX e princípios do século XX fomentou ideologias convenientes, rácicas/nazis de inúmeros Estados, e como nos tempos atuais o desenvolvimento de políticas eugênicas são aproveitadas por fações politico/raciais.

Exemplo disto será o holocausto nazi na Segunda Guerra Mundial[4], e mais recentemente o discurso de política externa de *Donald Trump* no lançamento da sua candidatura presidencial em Manhattan, Nova Iorque, em que o mesmo refere o seu empenho politico na construção de um muro na fronteira sul dos Estados Unidos, seguindo-se a promessa de deportar os cerca de 11 milhões de imigrantes ilegais que residem atualmente nos EUA e ajudam a economia do país a funcionar.

Se no fim do século XIX (período de 1860-1945) era preponderante a ideia

[3] http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/eugenia_a_biologia_como_farsa_imprimir.html

[4] GUERRA, Andréa, "Do holocausto nazista à nova eugenia no século XXI", Revista *Scielo*, vol.58 n.º 1 São Paulo Jan/Mar. 2006.

obstinada de evolução e progresso com base no eugenismo que classificava as raças humanas, já em pleno século XXI a eugenia se apresenta disfarçada nas instituições políticas, tendo como base de preocupação as tensões do mundo contemporâneo, traçando assim, um panorama de desgaste das instituições das democracias liberais, de desastres económicos, de escândalos políticos e demais problemas de integração dos refugiados do Mediterrâneo; - Sistemas políticos – Analisamos como estes exercem funções na sua sociedade/região composta de valores e princípios. São valores que carecem muitas vezes de adaptações para poderem continuar a vigorar e a desempenhar a função referencial de respeito pelos direitos humanos das comunidades nacionais.

Trata-se de um texto pragmático, ajustado às exigências da nossa atualidade, colocando em causa a política exercida pelas instituições politicas, que absorvidas pelos seus ditames e objetivos, conseguem o desrespeito do princípio das nacionalidades (reconhecimento da base moral e jurídica de todas as nações). Apesar de ser um princípio que deveria estar predisposto ao respeito pela constituição de um Estado, encontra-se adulterado pelas más intercessões políticas. Segundo este princípio, todas as Nações (entidade cultural e moral) têm o direito de constituir-se como Estado (entidade jurídica), através do livre arbítrio do Povo que compõe a sua soberania revelada pelos ditames gerais e mais individualizados consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[5] (1789). Sendo um mecanismo único pela nobreza dos valores protegidos, este diploma ressalta a condição humana, configurando como inalienáveis os direitos individuais.

No entanto, o cenário político dos Estados-Nação e o contexto de tolerância inerente aos mesmos tem-se mostrado efémero e exonerado de padrões humanistas e racionais, mantendo-se as interdições e barreiras cívicas dos seres humanos.

A palavra totalitarismo[6] raramente anda dissociada do tema fazendo par com a ideia de despotismo. Despotismo que se deixa simbolizar por uma ideologia, por um partido único liderado por um só homem, uma polícia que utiliza o terror, o monopólio dos meios de comunicação em massa, o monopólio das forças armadas e uma economia centralizada; - Sistema eleitoral – A par do retrocesso da correspondência com os partidos políticos, e a insatisfação e desconfiança com o desempenho destes, tem vindo a concretizar-se um número de candidaturas independentes, que, colocam em causa as próprias democracias. Estas por sua vez, necessitam de se reestruturar para garantir a sua subsistência aos crescentes populismos. As instituições políticas precisam de se reinventar para negar os vícios do tempo, e os líderes partidários carecem de renovação para afastarem a complacência das suas propostas aos efeitos relativos às deformidades do totalitarismo, corrupção, xenofobia, eugenia, do nepotismo e da falta de

[5] Ver preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem "*Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem"*; http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf

[6]

transparência no respeito pelas liberdades individuais e direitos humanos; - Direitos humanos – O nosso ponto de partida para a corroboração teorética, sociológica e até filosófica do regime jurídico dos direitos humanos e fundamentais do individuo é a dignidade da pessoa humana no tangente com o direito à vida e a um lugar para viver, sobretudo nos Estados constitucionais da Europa Ocidental, a dignidade humana é subscrita como valor supremo e fundante não só no texto constitucional das mais diversas constituições europeias, como também, em todas as cartas e declarações de direitos humanos do pós-guerra, mas também em outros constitucionalismos como na Europa Oriental, ou até nos Estados Unidos da américa, algo que poderá servir para encontrar uma perspetiva histórica comparada. Independentemente da visão global que este conceito assumirá pretendemos a distinção de alguns casos em que o tratamento dado a um individuo afeta dimensões básicas do ser humano, onde direitos individuais são violados.

1. Eugenia

A eugenia é um conceito nascido em 1883 por Francis Galton (1821-1911), retratando a sua essência em "bem nascido". Este autor caraterizou a eugenia como "o estudo dos agentes sob o controle social que poderiam melhorar ou empobrecer as qualidades rácicas das futuras gerações seja física ou mentalmente[7]".

Por mais incómodo que seja, é um tema bastante controverso, e é preciso reconhecer que a biologia do princípio do século fomentou a ideologia nazi. Portanto, estamos a falar particularmente de uma eugenia aparecida após a segunda guerra mundial "eugenia nazista", que veio a fazer parte integrante da ideologia de "pureza racial", a qual desembocou no Holocausto.

2. Tipologia de formas eugénicas de liderar povos

2.1. Alemanha nazista[8]

A especificidade do antissemitismo nazi, para além do caráter da exterminação, em massa, tem a ver com o facto de ter sido influenciado em princípios inspirados na genética. O racismo que envia os judeus para as câmaras de gás não considera que estes pertençam a uma espécie tipologicamente diferente da sua[9] (o nazi que assim o considera, como Verschuer no seu tratado de eugenia, restringiu-se a proibir os casamentos "inter-raciais"), mas, ao contrário, que pertençam à mesma espécie, sendo, no entanto, elementos inferiores, um peso genético que passaria a convir erradicar para salvaguardar a elevação do homem rumo ao super-homem. Nestes termos, o eugenismo rácico implicava a ideia, de que, se deveria prolongar a evolução das espécies e seguir-se diretamente a teoria darwiniana.

Hitler nada inventou neste domínio, limitando-se a copiar mediante as suas

[7] GALTON, Francis, "*Inquiries into human faculty and its development*", publicado em New York: AMS Press, 1973. http://www.mugu.com/galton/books/human-faculty/text/galton-1883-human-faculty-v4.pdf

[8] http://www.montfort.org.br/bra/veritas/ciencia/eugenia_ciencia_nazista/#

[9] O nazi que assim o considera, como Verschuer no seu tratado de eugenia, restringiu-se a proibir os casamentos "inter-raciais".

conveniências e a pôr em prática os ditames dos eugenistas.

O reconhecimento pelo chefe politica destes dados científicos e o emprego que deles faz são de importância capital na vida de um povo. Ou seja, Hitler foi o primeiro homem de Estado que fez dos dados da biologia hereditária e da eugenia um principio diretor da conduta do Estado.

Não é de todo menos importante chamar a atenção para, por exemplo, o prefácio de obras literárias de C. Royer à *Origem das Espécies de Darwin, La Sélection humaine,* de C. Richet[10], ou alguns trechos de *Hors de la nuit de* H. Muller[11], que indicam serem textos nazistas. E são-no porque revelam um programa político que é o nazismo: uma ideologia antidemocrática, uma espécie de socialismo invertido onde o individuo está subserviente à sociedade, e onde impera uma doutrina que reconhece ao poder politica o controlo científico, ou pretendido como tal, da sociedade e da sua evolução através do controlo biológico dos indivíduos.

Na sua obsessão pela evolução e pelo progresso, o fim do século XIX classificava as raças humanas. E, em geral, a base da escala era ocupada pelos aborígenes australianos, depois seguiam-se os negros, os drávidas, os mongóis e por fim os brancos.

Podem observar-se entre os eugenistas desta época algumas facetas comuns. A maioria deles (não a totalidade) é anticristã: quer seja um anticristianismo de tipo nazi ou um ateísmo militante de esquerda. Normalmente, também figuram os antidemocratas, em que o eugenismo nazi é ideologia corrente.

Mais raro foi o eugenismo estalinista dado que o lysenkismo atuou como uma barreira ao seu progresso.

O eugenista social-democrata também foi uma constante, e, prevaleceu, justificando a sua existência através da ciência em vez da ideologia, defendendo a sua atuação através de propostas que consignavam reformas sociais moderadas, e não impostas com porte de política autoritária.

2.2. Eugenismo na União Soviética[12]:

Independentemente da corrente politica nazista alemã ser ideologicamente contrária à corrente comunista, Adolf Hitler e tantos outros líderes nazis frequentemente expressavam o seu reconhecimento de que somente na Rússia Soviética os seus afins partidários e ideológicos poderiam ser encontrados. Adolf Hitler admirava Stalin e o stalinismo. Em numerosas ocasiões, Hitler elogiou publicamente Stalin e ele via o stalinismo positivamente, como uma busca de purificação do Partido Comunista da União Soviética de influências judaicas, observando a purga de judeus comunistas como Leon Trotsky, Grigory Zinoviev, Lev Kamenev e Karl Radek.

A União Soviética, a Alemanha nazi e a Itália fascista profetizavam mutuamente o valor da biopolítica farsante, sobretudo no que diz respeito à reprodução. Este tónus por si só não era o único, diversos outros países europeus

[10] http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54480276/f6.image
[11] https://archive.org/details/MullerHdlN
[12] https://pt.wikipedia.org/wiki/Compara%C3%A7%C3%A3o_entre_nazismo_e_stalinismo

colocavam em prática a eugenia nos termos da ideologia stalinista[13] e nazista. Afirma-se que o nazismo baseava-se numa "*falsa biologia".* A semelhança fundamental era a ligação das políticas de reprodução com os objetivos ideológicos do Estado.

2.3. Eugénia Americana:

Os Estados Unidos[14] foram o primeiro país a adotar uma legislação sobre a esterilização de diversos doentes e criminosos. O primeiro Estado foi o Indiana, em 1907 (nesta altura pretendia Hitler entrar para a Academia de Belas Artes de Viena, para aprender pintura); o Estado de Washington, o Connecticut e a Califórnia, em 1909; em 1950 32 Estados tinham este tipo de leis. Em 1928, a Suíça e o Canadá.

Em 1929, a Dinamarca. E, em 1934, a Noruega e a Alemanha (neste último, a lei foi votada a 14 de julho de 1933 e entrou em vigor em 1 de janeiro de1934). Em 1935, a Finlândia e a Suécia. Em 1937, a Estónia. Diversos países da América Central em 1941. O Japão em 1948, após a guerra, e quando as atrocidades nazis já eram conhecidas.

De uma perspetiva geral, como na época a Igreja condenava a eugenia, nos países latinos ou de maioria católica não houve legislação deste tipo, com exceção de pequenos países da América Central, que eram pontos de contacto dos Estados Unidos.

Do exposto, o país que se distinguiu excecionalmente dos outros, foi a Inglaterra, não que neste país o eugenismo fosse mais reduzido, mas porque a tradição democrática inglesa conseguiu triunfar. Os parlamentaristas conseguiram se impor face aos eugénicos – biólogos.

3. Sistemas políticos/Sistemas eleitorais – efeito do desgaste representativo e aparecimento de partidos extremistas e menos extremistas

Infelizmente em tempos de eleições, os eleitores só têm de pôr uma cruzinha perante um partido sem ter que justificar a escolha, ou seja, temos que tentar aferir as lógicas subjacentes à sua escolha.

Numa tentativa de descrição do padrão e de algumas dinâmicas do comportamento eleitoral, embora sejam questões que depois se ligam a outras temáticas, podemos concluir que:

A dimensão da natureza do sistema partidário que influencia o comportamento eleitoral, ou seja o sistema partidário padrão de interações entre os partidos, não é a soma dos partidos mas sim a interação dos mesmos.

Por regra, o eleitor quando vai votar não quer ver o seu voto desperdiçado, quer que o seu voto influencie as escolhas políticas que vão ser feitas, significa isto, que acaba por haver o que se chama na gíria política de uma " dependência de caminho", ou seja, o padrão anterior acaba por influenciar o padrão das eleições subsequentes.

---

[13] KERSHAW, Ian, MOSHÉ, Lewin, "*Stalinism and Nazism: dictatorships in comparasion*", Cambridge University Press, 1997.

[14] https://pt.wikipedia.org/wiki/Eugenia#Estados_Unidos

No entanto por influência do chamado funil de causalidade[15] prevalecem alguns fatores que contribuem para a decisão de voto do eleitor.

Nestes termos e diferenciando esses fatores temos: os fatores distais de ordem histórica, socioeconómica, valores e atitudes e grupos de pertença e fatores proximais de ordem temática, campanha eleitoral, situação política e económica, política governamental.

Na parte inicial do funil posicionam-se as características sociológicas, sociais e familiares com capacidade para influenciar a identificação partidária de cada eleitor, e na parte final, situa-se o voto. Este elemento "identificação partidária" culmina na avaliação dos eleitores efetuada aos candidatos políticos, no contributo da comunicação social e na proximidade política que se preserva com familiares e amigos acerca de uma campanha eleitoral. Digamos que a relação entre estes elementos contribuem para o papel principal da identificação partidária.

Imaginemos que nas próximas legislativas se descobre um partido que defende todas as ideias das quais partilhamos. A questão que aqui se coloca é se votaríamos nesse partido ou não. À primeira vista, pode dizer-se que sim, o partido representa tudo aquilo que nós advogamos em termos políticos, mas na realidade o resultado não é tão automático quanto podíamos supor.

É importante sublinhar que a ideologia política às vezes não coincide com a identificação partidária e por sua vez com o sentido de voto do eleitor. Esta diferenciação entre a ideologia política (ou natureza psicológica) da identificação partidária e do comportamento do voto, observa-se a nível metodológico na falta de sintonia do voto concreto do próprio eleitor, numa ou em várias eleições com a sua verdadeira ideologia política.

Quantos não são aqueles que se classificavam no passado como socialistas e que por virtude de fatores ligados a momentos de crise económica, financeira e mesmo social, posicionam o seu comportamento eleitoral noutros partidos políticos? Nas palavras de Campbell[16] "*Do you think of yourself as closer to the Republican or Democratic Party*".

Nestes termos, a identificação partidária já não é considerada como a única causa direta e inequívoca da opção de voto, mas também poderá ser vista como um ponto de escolha, através do qual os eleitores valorizam o que outros partidos lhes tornam desfavorável, ou seja, as alterações que ocorrem na identificação partidária, dão-se no foro de cada um, quando se verificam nomeadamente dinâmicas na integração social dos indivíduos, como por exemplo, o acesso a um novo emprego, casamento, situação de crise económica, mudança de domicilio, ou quando ocorrem alterações no contexto da estrutura social e governamental, como é o caso, do fim de regime político "fim do regime político fascista", a inclusão nos mercados globalizados, o fim da União Soviética.

No caso de Portugal, o padrão português de desidiologização, também se centra nestes fatores, ou seja, o nosso comportamento eleitoral e resultado final

[15] ANTUNES, Rui Siva, em "Identificação Partidária e Comportamental Eleitoral", Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação de Coimbra, 2008.
[16] Campbell, Converse, Miller, e Stokes, 1960, pág. 122.

"voto", verifica-se consoante o grau de maior afinidade psicológica, estável, em relação a um determinado partido, e não necessariamente com uma ligação de militância e consistente/concreta com determinado partido.

Vejamos o caso do aparecimento de novos partidos portugueses em 2009, como o partido Portugal pro Vida (PPV) aprovado pelo Tribunal Constitucional em 1 de Julho de 2009, que defende os princípios da doutrina social da Igreja, posicionando-se a sua ideologia numa direita conservadora dentro da doutrina social da Igreja; ou o Partido Nacional Renovador (PNR) que teve a sua génese em 2000, mas que em 2009 se assume como defensor da "Nova Direita Nacional, Social e Popular", tendo uma política muito conforme com os movimentos nacionais europeus "European National Front".

Reflita-se que em 2011 o PNR consegue absorver 17.742 eleitores, incluindo-se 112 votos dos círculos eleitorais da emigração portuguesa no estrangeiro.

Este padrão não é um exclusivo nacional, a verdade é que assistimos a esta desidiologização dos partidos por toda a Europa de Sul e Ocidental.

Assim se explica que em tempos de crise nas sociedades democráticas se manifestem propostas políticas mais radicais ou extremistas, ou até o aparecimento de formações partidárias não radicais mas também não convencionais, como é o caso do UKIP - Partido Inglês do Reino Unido, com uma ideologia liberal clássica, que defende entre outras ideologias o abandono da União Europeia; ou o partido espanhol "PODEMOS" fundado em 2014, tendo como espetro político ideias de esquerda, democracia participativa, comunismo, ecos socialismo e euroceticismo; ou o partido grego mais favorável ao resgate PASOK – partido socialista Pan- Helénico, um dos grandes partidos históricos da era pós-Junta militar, tendo sido o responsável pelas medidas de austeridade impostas a partir de 2009; ou o partido NOVA DEMOCRACIA (ND, conservadores) que foi liderada pelos socialistas em 2009 e numa linha de contestação opôs-se ao memorando da troika, mas que em 2011 se vem aliar ao PASOK[17] no auxilio ao governo tecnocrático de Lucas Papademos, e é a favor do resgate internacional.

No meio desta crise social que ainda decorre e no âmbito do programa de ajuda externa/financeira, a Grécia por exemplo, enfrentou um outro partido de Coligação da Esquerda SYRIZA, mais extremista, defendendo o aumento dos impostos para os contribuintes com mais rendimentos, o adiamento ou anulação dos pagamentos da dívida e cortes nos gastos da defesa, defende uma frente de esquerda anti – austeridade. Nas eleições parlamentares de 6 de maio de 2012, a SYRIZA conquistou 16 % dos votos e 50 deputados, tornando-se no segundo maior partido, a seguir à Nova Democracia (Grécia) e antes do PASOK. O crescimento da SYRIZA é considerado como uma das manifestações de protesto contra a política de austeridade, e contra a entrada no parlamento de partidos da extrema direita.

Ainda neste seguimento e olhando uma vez mais para a ideia de que a

[17] LOBO, Marina Costa et al, em "*Portugal a Votos: as Eleições Legislativas de 2002*", Edição: Imprensa de Ciências Sociais, 2004, págs. 57-81.
JALALI Carlos, em "Partidos e Democracia em Portugal 1974-2005", Lisboa: ICS. Imprensa de Ciências Sociais, 2007, págs. 312-323.

transformação social e política pode levar ao aparecimento de novos eleitorados, podemos dar o exemplo de um novo eixo político que faz intercetar a esquerda/direita[18], que é o eixo "Green Alternative Libertarian[19]/Traditional-Authoritarian", o vulgarmente designado de GAL/TAN- Esquerda/Direita. O GAL teria como pano de fundo a proteção dos direitos ambientais, proteção de minorias, multiculturalismo, liberdades individuais, os TAN seriam a defesa dos valores tradicionais, a autoridade, nacionalismo, etc.

A ideia é que vamos ter partidos como o partido verde alemão, partidos que defendem por exemplo o direito de minorias, casamentos do mesmo sexo, liberalização do consumo de drogas. Os TAN são partidos como a Frente Nacional (em francês: *Front National),* partido politico francês de extrema-direita e de caráter protecionista, conservador e nacionalista, defendem a identidade nacional supostamente pura e a autoridade.

Temos assim uma nova clivagem que surge em torno de um novo eixo político. A questão aqui já não é esquerda/direita, mas sim a intervenção do Estado na economia, tendo também a ver com a questão dos valores que já salientámos.

A Front National não é um partido de extrema-direita no sentido convencional do termo, reveste-se de políticas económicas de esquerda, e, por isso, é um partido que defende uma posição equilibrada da intervenção do Estado na economia. São sobretudo TAN tradicionais enquanto os verdes por oposição estariam no eixo GAL.

Um subponto disto, é que estes partidos muitas vezes conseguem crescer eleitoralmente como reação aos partidos tradicionais afirmando-se como alternativa real aos partidos tradicionais, aproveitando a sua campanha política com moralismos políticos.

4. Direitos humanos:

"A hegemonia global dos direitos humanos como linguagem de dignidade humana é hoje incontestável. No entanto, esta hegemonia convive com uma realidade perturbadora. A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discursos de direitos humanos. Deve, pois, começar por perguntar-se se os direitos humanos servem eficazmente a luta dos excluídos, dos explorados e dos discriminados ou se, pelo contrário, a tornam mais difícil[20]".

Com isto, a violência frequentemente associada à Religião, crenças eugénicas, radicalismo islâmico, tem vindo a manifestar-se como um facto

[18] BAKKER, Ryan et al, em "*The Dimensionality of Party in Europe*", Universities of Georgia and North Carolina – presented at the European Consortium for Political Research`s, Fifth Pan-European Conference on EU Polities, 23-26 June 2010.

[19] Também conhecida como eco-libertarianismo) é uma filosofia política híbrida que se desenvolveu nos Estados Unidos. Com base em uma mistura de valores políticos de terceiros, tais como a plataforma ambiental e económica do partido verde dos Estados Unidos e a plataforma de liberdades civis do Partido Libertário americano, a filosofia libertária verde tenta consolidar valores progressivos com libertarismo. Enquanto libertários verdes tendem a associar-se com o partido verde dos Estados Unidos, o movimento cresceu para englobar económicos liberais, ou capitalistas de laissez-faire, que geralmente identificam com moderno libertarianismo americano.

[20] SANTOS, Boaventura de Sousa, "SE DEUS FOSSE UM ACTIVISTA DOS DIREITOS HUMANOS", 2013, págs. 11 a 36.

indissociável sobre o estado atual do fanatismo e convicções políticas, extremismos exacerbados, criminalidade, xenofobia, islamofobia, politicas migratórias repressivas. A resposta convencional a esta problemática tem sido contrária à valorização dos direitos humanos universais.

Desde o 11 de Setembro de 2001 que temos marcada uma nova tendência de teorias políticas fundamentalistas nos países ocidentais, dando origem ao fenómeno designado de "islamismo" ou de conotações "islamofóbicas". O crescimento do fenómeno do fundamentalismo origina obrigatoriamente uma reflexão mais profunda da nossa atualidade, uma reflexão sobre o que foi o "nazismo eugénico" até às afinidades que este fenómeno assume nos sistemas políticos atuais, entre os fundamentalismos e a globalização neoliberal.

Nesta decorrência, será oportuno a análise do surgimento de novos partidos políticos, que se apoderam nos discursos políticos da ideia perturbadora (ver o discurso de Marie Le Pen ou de Donald Trump quanto à permanência de migrantes na Europa, provenientes do Médio Oriente) de repúdio, daqueles que num fluxo inesperado (árabes e africanos) fugiram de conflitos da Líbia e da Síria, do Iémen, do Iraque, Islão e doutros países. Milhões de pessoas destas sub-regiões tiveram que fugir devido aos atos de guerra praticados, entre outros, pelo regime de Bashar Al Assad e pelo Daesh/ISIL (exercito islâmico do Iraque e do Levante).

Nesta ordem de ideias, não vamos entrar num entendimento mais pormenorizado acerca do Estado contra o terrorismo do novo milénio[21] e sim no terrorismo como instrumento de pressão politica. Nomeadamente, como atuam alguns Estados quando deparados com este tipo de ameaças. Qual a defesa que alguns poderes políticos têm utilizado como possível?

Se por um lado as instituições politicas têm como função primordial a conquista da confiança do seu eleitorado perante este nível de intimidação, subvertendo expressamente as ações de guerra através de ações pacificas de alcance social, administrativo, psicológico e legislativo, por outro, o Poder, seguro da sua superioridade em geral, utiliza-se deste tipo de conflitos, para impor como arma de eleição dos mais carenciados, o seu pensamento ideológico, servindo o propósito de perturbação da ordem pelo respeito dos direitos humanos usando para tal métodos discursivos opostos à Revolução Francesa de 1789, a qual se pautava do tríptico ideológico: liberdade, fraternidade e igualdade.

5. Visão jurisprudencial respeitante à não devolução dos refugiados

A jurisprudência comumente assumida por Tribunais Europeus e Americanos, vai no sentido de se substituírem, contrariando as decisões administrativas dos próprios Estados-membros no acolhimento do direito à não repulsão. Neste sentido, veja-se os casos de interceção fora das águas territoriais dos EUA (caso dos Haitianos), ou da extradição para um Estado onde o refugiado podia ser sujeito à pena de morte (caso Soering), ou ainda da extradição para outro Estado onde

[21] MARTINS, Cláudia Sofia Bastos, "Palestina: A Terra Prometida – Judeus, Cristãos e Muçulmanos", Porto, 2005, págs. 119 a 135.

seriam degradantes as condições de detenção (caso M.S.S.).

Com efeito o direito à não devolução pode ser violado de forma direta ou indireta, ou seja, não só quando um Estado devolve uma pessoa a outro no qual essa pessoa possa estar em risco de vida ou vulnerável a danos a sua integridade física, mas também quando este segundo Estado procede ao reenvio de uma pessoa para um terceiro Estado (seu país de nacionalidade), no qual se infrinjam os mesmos direitos.

6. Notas conclusivas

A insustentabilidade dos Estados e os reflexos que pode ter na cidadania é uma característica visível nos tempos de hoje.

Vive-se numa sociedade global em que nenhum país está imune de falar das maiorias presentes. Maiorias que exprimem inegavelmente um conjunto de problemas, para os quais, o direito também é chamado a ter uma palavra. Independentemente da localização geográfica e das latitudes e longitudes distintas, os problemas são comuns, a crise das dívidas públicas, a ação de fundos europeus e internacionais são uma constante, a dignidade humana colocada em causa e até um espaço para ocupar é restringido à espécie humana.

Quando se fala da crise não estamos a falar de uma estrutura definida e sim numa permanência nas próximas décadas do século XXI. Falamos de uma crise com aspetos estruturais e de permanência e o direito assim terá de se adaptar.

De facto, o que acontece é que a realidade atual é uma realidade crítica, há um conjunto de aspetos que caracterizam este momento e traçam problemas novos. Enfraquecimento dos Estados quer na sua soberania quer na sua capacidade financeira. Os poderes soberanos estão enfraquecidos, coloca-se em causa a ideia de soberania que então é destruída na medida em que há poderes supranacionais. Em geral recorre-se à internacionalização dos poderes.

Constatamos o paradigma da transnacionalidade. A atenção sobre o tema das migrações irregulares, torna claro que a dimensão unívoca que temos de uma cidadania centrada no Estado, e a sua denominação com base numa ideia de território com fronteiras estabilizadas e resultantes de uma combinação perfeita, desapareceu.

Este modelo de soberania nacional tem-se mostrado altamente ineficaz para resolver estes fluxos de migrações irregulares que, não raro, excedem as suas capacidades de absorção, assumindo as migrações internacionais um fenómeno *de facto*, tendente a ser afastado a todo o custo ou dificilmente controlado por cada ordem interna dos Estados. A este nível exemplifiquemos com o insucesso das políticas de devolução, também chamadas de políticas de rechaço.

Com efeito qualquer política de imigração deve respeitar um conjunto de princípios fundamentais que não deixa dúvidas à maioria dos cidadãos, tais como os direitos de cidadania dos imigrantes, o respeito pela diversidade e a integração solidária do imigrante.

A realidade, porém, é que surge na Europa correntes políticas que os contestam, assentes num discurso securitário e xenófobo contrário às medidas

políticas de integração da imigração. Se tivermos presente a eleição de David Cameron e as suas proclamações relativamente aos refugiados no Mediterrâneo, vemos um exemplo da política securitária e da inviabilidade para a esmagadora maioria dos Estados da absorção destes grandes contingentes de migrantes refugiados[22]. Ou a ideia já antes avançada por Angela Merkel, a chanceler alemã, de rejeição do multiculturalismo, ou por Marine Le Pen, em França, com as suas diatribes xenófobas.

Como já referimos, tomamos como certo neste artigo que a política europeia e internacional na atualidade olha com muitas reservas para a entrada e capacidade de integração dos migrantes e refugiados de África. Qualquer solução, ainda que parcial, deverá levar em conta este constrangimento ideológico (é disto que se trata!) e assumir que a crise dos refugiados no Mediterrâneo, não sendo endemicamente europeia, expôs as fragilidades da UE, da sua doutrina Schengen, as divisões politicas e estratégias entre o norte e o sul da Europa, entre elas a tão propalada solidariedade europeia.

A atitude eugénica dos Estados na sua capacidade contra-hegemónica e neoliberal dos direitos humanos deverá ser transformada em comportamentos de transformação social progressista que não tenha efeitos perversos relativamente á pluralidade do ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Rui Siva, em “Identificação Partidária e Comportamental Eleitoral”, Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação de Coimbra, 2008;

BAKKER, Ryan et al, em “The Dimensionality of Party in Europe”, Universities of Georgia and North Carolina – presented at the European Consortium for Political Research`s, Fifth Pan-European Conference on EU Polities, 23-26 June 2010;

GALTON, Francis, “Inquiries into human faculty and its development”, publicado em New York: AMS Press, 1973. http://www.mugu.com/galton/books/human-faculty/text/galton-1883-human-faculty-v4.pdf;

GUERRA, Andréa, “Do holocausto nazista à nova eugenia no século XXI”, Revista *Scielo*, vol.58 n.º 1 São Paulo Jan/Mar. 2006;

JALALI Carlos, em “Partidos e Democracia em Portugal 1974-2005”, Lisboa: ICS. Imprensa de Ciências Sociais, 2007, págs. 312-323;

LOBO, Marina Costa et al, em “*Portugal a Votos: as Eleições Legislativas de 2002*”, Edição: Imprensa de Ciências Sociais, 2004, págs. 57-81;

MARTINS, Cláudia Sofia Bastos, “Palestina: A Terra Prometida – Judeus, Cristãos e

[22] O Governo do Reino Unido anunciou no início de junho de 2015 que não apoiará quaisquer futuras operações de busca e salvamento para evitar o afogamento de migrantes refugiados no Mediterrâneo, afirmando com isto que tais operações podem encorajar mais pessoas a tentar a travessia marítima perigosa para entrar na Europa. Informação disponível na página oficial do entro Regional das Nações Unidas, http://www.unric.org/pt/actualidade/31658-europamigrantes-qdeixem- nos-morrer-esta-e-uma-boa-forma-dissuasaoq-especialista-em-direitos-humanos-da-onu-

Muçulmanos", Porto, 2005, págs. 119 a 135;
KERSHAW, Ian, MOSHÉ, Lewin, "Stalinism and Nazism: dictatorships in comparasion", Cambridge University Press, 1997;
SANTOS, Boaventura de Sousa, "SE DEUS FOSSE UM ACTIVISTA DOS DIREITOS HUMANOS", 2013, págs. 11 a 36.

O reconhecimento da diferença e a acessibilidade como desdobramento dos direitos humanos

Álvaro dos Santos Maciel[1]

Marcelo Pereira de Mello[2]

Resumo: No Brasil, a Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU) pretende melhorar as condições de deslocamentos nas cidades, em observação à acessibilidade para pessoas com deficiência haja vista que, a cada 100 brasileiros, cerca de 24 apresentam limitações de ordem física ou sensorial. Assim, esta pesquisa examina a questão do Direito à Acessibilidade, os avanços no seu processo de concretização, os desafios e o quanto os impactos de sua não efetização interferem na inclusão das pessoas na convivência de uma cidade democrática. Para investigar o tema proposto, o presente estudo opta por uma pesquisa exploratória de caráter qualitativo e quantitativo, a partir de pesquisa bibliográfica do Direito e da Sociologia, bem como contributos estatísticos diversos. A fundamentação teórico-conceitual está no Direito ao Reconhecimento da Diferença, cujos marcos teóricos são Nancy Fraser, Axel Honneth e Hegel. Conclui- se que uma cidade democrática fulcrada no respeito e na justiça tem na acessibilidade e na infraestrutura urbana, importantes mecanismos de inclusão social.

Palavras-chave: plano de mobilidade urbana, acessibilidade, pessoas com deficiência, reconhecimento.

Abstract: In Brazil, the National Policy on Urban Mobility (PNMU) aims to improve the conditions of displacement in the cities, in observation of accessibility for disabled people given that every 100 Brazilians, about 24 have limitations of physical or sensory order. Thus, this research examines the issue of the right to accessibility, the advances in its implementation process, the challenges and how the impacts of its ineffectiveness relate the inclusion of people living in a democratic city. To investigate the theme, this study opts for an exploratory study of qualitative and quantitative, from literature of Law and Sociology, as well as various statistical contributions. The theoretical and conceptual basis is the Right to Difference of Recognition whose theoretical frameworks are Nancy Fraser, Axel Honneth and Hegel. We conclude that a democratic city based on respect and justice has on accessibility and urban infrastructure, important mechanisms of social inclusion.

Keywords: urban mobility plan, accessibility, disabled, recognition.

[1] Professor da Universidade Veiga de Almeida. Doutorando em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Visitante do Observatório de Direitos Humanos e Pessoas com Deficiência da Universidade de Lisboa, Bolsista pela CAPES Brasil. Email: macielalvaro@gmail.com

[2] Professor Associado IV da Universidade Federal Fluminense. Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF). Doutor em Ciências Políticas. Vice-presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABRASD). Email: mpmello@unisys.com.br

1. INTRODUÇÃO

No mundo, mais de um bilhão de pessoas (15% da população mundial) convivem com alguma forma de deficiência, sendo que, cerca de 200 milhões experimentam dificuldades consideráveis. A preocupação com o tema tem aumentado cada vez mais haja vista o envelhecimento populacional e o risco maior de deficiência nas populações de mais idade aliada ao crescimento de doenças crônicas como a diabetes, câncer, distúrbios mentais, dentre outros.[3]

No Brasil, conforme os dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, no censo demográfico de 2010, 23,9% da população brasileira (45,6 milhões) declararam ter ao menos uma das deficiências investigadas: auditiva, intelectual, mental, motora ou visual, demandando, por conseguinte, programas que incluam e reconheçam as pessoas com deficiência no cotidiano das cidades.[4]

Durante décadas, a grande maioria dessas pessoas foi confinada em instituições, hospitais, abrigos ou mesmo em suas casas, pela própria família. Até as primeiras décadas do século XX, apenas 20% da população brasileira habitavam em cidades e a grande maioria estava distribuída em áreas rurais.[5] Hoje, 80% da população se encontram distribuídas pelos 5.565 municípios do país.[6]

As pessoas com deficiência possuem necessidades distintas, específicas e até mesmo exclusivas de mobilidade e acessibilidade em razão de suas diversidades funcionais, o que demanda cidades inclusivas, espacialmente e socialmente.

Deste modo, em 1988, a Constituição Federal (art. 182, §1º) em matéria de política urbana, estabeleceu o objetivo de ordenação e de desenvolvimento das funções sociais da cidade e da garantia do bem-estar da população e assim o plano

---

[3] OMS, World Health Organization. The World Bank. *Relatório mundial sobre a deficiência*; tradução Lexicus Serviços. Lingüísticos. - São Paulo : SEDPcD, 2011. Disponível em <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf> Acesso em 01 de ago. 2016

[4] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Contagem Populacional.* Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatística/populacao/default_censo_2011.htm.> Acesso em 15 de ago. 2016.

[5] GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho.* Florianópolis: Obra jurídica, 2007.

[6] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Contagem Populacional.* Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatística/populacao/default_censo_2011.htm.> Acesso em 15 de ago. 2016.

diretor da cidade surgiu como obrigatório para os municípios acima de 20 mil habitantes, conforme as diretrizes gerais a ser fixadas em lei infraconstitucional.[7]

No entanto, apenas 13 anos depois, com a Lei n. 10.257/2001 (Estatuto das Cidades)[8] é que ocorreu a regulamentação necessária com as referidas diretrizes e apresentação dos critérios dessas políticas urbanas, incluindo a obrigação da União em instituir as instruções para os transportes urbanos, o que se sucedeu em 2012, quando entrou em vigência a Lei n° 12.587 (Política Nacional de Mobilidade Urbana – PNMU)[9] e exigiu que todos os municípios com mais de 20 (vinte) mil habitantes elaborassem seus Planos de Mobilidade Urbana no prazo máximo de 3 anos (art. 24 § 3º e § 4º) e contemplassem, dentre outros fatores, a acessibilidade para pessoas com deficiência e pessoas com restrição de mobilidade (art. 24, IV)

Pois bem, passados estes 3 anos, em recente monitoração dos Planos de Mobilidade Urbana feito pelo Ministério das Cidades, fora identificado, em abril de 2015, que somente 30% dos Municípios cumpriram o prazo legal previsto de compromisso de elaboração de seus planos.[10]

A abordagem deste tema se justifica na medida em que a elaboração do Plano de Mobilidade Urbana é uma forma de reconhecer as pessoas com deficiência como atores sociais que carecem de políticas de infraestrutura que valorizem as peculiaridades da diversidade como forma de garantir a inclusão na convivência das cidades. Ora, o Plano é uma política pública que, se elaborada e concretizada, pode romper com a perpetuação da exclusão espacial e todas as suas consequências negativas, pois ao promover a inclusão social, pode ser um mecanismo de equiparação de oportunidades e concretização de direitos mais humanos e dos direitos fundamentais previstos nas legislações.

---

[7] BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 01 de set. 2016.

[8] BRASIL, *Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2011.* Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em 01 de set.2016.

[9] BRASIL, *Lei n. 12.587 de 03 de janeiro de 2012*. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e das Leis nos 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências.. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm> Acesso em 01 de set.2016.

[10] PINHEIRO, Edmundo de Carvalho. "Menos de 30% das principais cidades brasileiras possuem Plano de Mobilidade Urbana". *NTU Urbano*, 2015, v. 3, nº. 13, p. 14-19. Disponível em <http://novoportal.ntu.org.br/upload/Publicacao/Pub635629598079065291.pdf> Acesso em 01 de set.2016.

A presente pesquisa objetiva analisar a Política Nacional de Mobilidade Urbana dentro do contexto específico da acessibilidade das pessoas sem mobilidade ou com mobilidade reduzida, bem como apontar os desafios e impactos negativos que a não elaboração do Plano de Mobilidade Urbana e a consequente ausência de políticas de infraestrutura pode gerar no processo de concretização dos direitos humanos.

Para investigar o tema proposto, o presente estudo opta por uma pesquisa exploratória a partir de uma revisão bibliográfica que envolve os estudos sobre deficiência, Direitos Humanos, Sociologia e seus desdobramentos, bem como os contributos estatísticos apresentados pelo IBGE.

A fundamentação teórico-conceitual está no Direito ao Reconhecimento cujos representantes são Hegel, Axel Honneth e Nancy Fraser.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A infraestrutura das ruas e calçadas é uma temática relevante para as pessoas com deficiência haja vista a necessidade de mobilidade, todos os dias, para o usufruto e cumprimento de direitos e obrigações, tais quais serviços de trabalho, de educação, de lazer, de saúde, dentre outros.

Para tanto, o Censo de 2010 realizado pelo IBGE[11] investigou a condição das ruas e calçadas e os resultados revelaram um ambiente desfavorável para a efetivação do direito de ir e vir das pessoas com deficiência:

> [...] somente 5,4% dos domicílios brasileiros possuíam rampas, 5,8% dos quais nas faces de quadras de moradias adequadas; 1,9% em moradias semiadequadas e, 0,2% em moradias inadequadas. O item Calçada / passeio estava presente no entorno de 80% das moradias adequadas, 43% nas semiadequadas e em somente 9% das inadequadas. Meio fio / guia foi encontrado em 86,1% das moradias adequadas, 55,6% nas semiadequadas e14,1% nas inadequadas.

Em 2012, o primeiro portal brasileiro de conteúdo exclusivo sobre Mobilidade Urbana Sustentável – Mobilize Brasil, uma organização da sociedade civil de

[11] OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. *Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) / Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência; Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. Disponível em <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficienciareduzido.pdf> Acesso em 10 de set. 2016.

interesse público), protagonizou a campanha intitulada “Calçadas do Brasil” cujo objetivo era chamar a atenção da opinião pública para o problema da má qualidade, falta de manutenção, ou ausência das calçadas no país, e estimular as pessoas a denunciar os problemas em suas cidades e pressionar as autoridades.[12]

Dessa forma, após a coleta de dados, foram publicadas as notas recebidas pelas calçadas de 228 locais em 39 cidades do país. A média nacional atribuída pelos avaliadores ficou em 3,55, número muito baixo ao considerar que a nota mínima para uma calçada de qualidade aceitável seria 8, segundo os critérios estabelecidos pelo Mobilize. Apenas 6,57% dos locais avaliados obtiveram nota acima desse indicador mínimo. Destaca-se que 70,18% das localidades avaliadas obtiveram médias abaixo de 5.

Aqui, cumpre destacar que a Lei Brasileira de Inclusão (nº 13.146/2015)[13] fez alterações no Estatuto das Cidades (Lei 10.257/01) e transferiu ao Poder Público a responsabilidade pela manutenção e reforma das calçadas de todo os municípios do País, com determinação de previsão, preparação e também de um plano de rotas estratégicas e em caso de não cumprimento desse cronograma de obras, os prefeitos, subprefeitos e secretários poderão ser punidos em crime de improbidade administrativa.

Em dados ainda mais recentes, publicados em 29 setembro de 2016 pelo Observatório das Metrópoles, foram apresentados os Índices de Bem-Estar Urbano dos Municípios Brasileiros (IBEU-Municipal),[14] que revelaram as condições urbanas dos 5.565 municípios brasileiros tais como mobilidade, condições habitacionais, atendimentos de serviços coletivos e infra-estrutura, e mostraram, dentre outros dados, que são grandes os problemas e talvez o principal seja o da infraestrutura urbana (iluminação pública, pavimentação, calçada, meio-fio/guia, bueiro ou boca de lobo e acessibilidade), já que 91,5% dos municípios estão em níveis ruins e muito

---

[12] RIBEIRO, Ricky (Org.). *Mobilize Brasil.* Disponível em <http://www.mobilize.org.br/estatisticas/32/notas-calcadas-do-brasil.html> Acesso em 10/08/2016

[13] BRASIL, *Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015.* Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em 01 de set.2016.

[14] RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; RIBEIRO, Marcelo Gomes (Orgs). *Índice de bem-estar urbano dos municípios brasileiros – IBEU municipal.* Observatório das Metrópoles - IPPUR/UFRJ 2016. Disponível em <http://www.observatoriodasmetropoles.net/index.php?option=com_k2&view=item&id=1745%3A%C3%ADndice-de-bem-estar-urbano-dos-munic%C3%ADpios-brasileiros-%E2%80%94-ibeu-municipal&Itemid=164&lang=pt> Acesso em 29/09/2016.

ruins, correspondendo a 2.579 como ruins (46,3%), e 2.516 como muito ruins (45,2%). Há 441 municípios em condições médias de bem-estar urbano referente à infraestrutura. Somente 28 municípios apresentam condições boas e apenas um município apresenta condição muito boa, que é Balneário Camboriú, localizado no Estado de Santa Catarina, região Sul do Brasil.

Denota-se, portanto, que o ambiente do entorno das moradias ainda requer grande atenção por parte dos gestores municipais.

A Lei n° 12.587/2012 que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana, nos termos do artigo 1°, *caput*, e 2° "[...] objetiva a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do Município" bem como, "[...] contribuir para o acesso universal à cidade [...]".

Segundo o artigo 7°, incisos I, II, III e IV, a Política objetiva ainda "reduzir as desigualdades e promover a inclusão social"; "promover o acesso aos serviços básicos e equipamentos sociais"; "proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade" e "promover o desenvolvimento sustentável com a mitigação dos custos ambientais e socioeconômicos dos deslocamentos de pessoas [...] nas cidades".

Ademais, o artigo 4°, inciso II estatui que a mobilidade é uma característica da cidade, que diz respeito à facilidade de deslocamento de pessoas e bens da cidade.

Tais deslocamentos segundo são realizados através de veículos, vias e toda a infraestrutura como ruas e calçadas, em um tempo considerado razoável, de modo confortável e seguro, para a realização de atividades cotidianas como trabalho, educação, serviços de saúde, cultura e lazer.[15]

Importante destacar, que os dados do IBEU no quesito deslocamento casa-trabalho na mobilidade urbana, identificou que grande parte dos municípios brasileiros estão em condições boas e muito boas, correspondente a 12,1% e 84,7%, respectivamente, o que totaliza 5.388 municípios do país. Dos outros 177 municípios, 103 apresentam condições médias de mobilidade, 61 apresentam condições ruins e 13 apresentam condições muito ruins. Quando se analisa as

[15] VARGAS, H. C. (*I)Mobilidade urbana nas grandes cidades.* URBS, 2008, nº 47, ano XII, p 7- 11. Disponível em: < http://www.fau.usp.br/depprojeto/labcom/produtos/2008_vargas_imobilidade.pdf>. Acesso em 10/08/2016.

condições de mobilidade urbana (deslocamento casa-trabalho) das capitais, apenas Rio de Janeiro e São Paulo aparecem com condições muito ruins.

Todavia, embora o programa de mobilidade preconizado pela lei envolva os meios de transportes coletivos, de cargas ou à infraestrutura designada ao trânsito e aos modos motorizados, além da gama de aspectos, que concorrem ao bom desempenho da ação mobilidade no espaço urbano, o presente trabalho discute principalmente mobilidade no que se refere à acessibilidade no quesito de infra-estrutura da cidade.

No termos do artigo 4°, inciso III da PNMU, acessibilidade é a "facilidade disponibilizada às pessoas que possibilite a todos autonomia nos deslocamentos desejados, respeitando-se a legislação em vigor."

Neste sentido, Ribeiro[16] entende que "[...] a acessibilidade é um direito humano que deve ser considerado como eixo estruturante de qualquer cidade sustentável".

Assim, as diretrizes para a efetivação de mobilidade deve prever a acessibilidade como mecanismo de reconhecimento da dignidade humana e social, pois do contrário, a ausência de diálogo entre diferentes perspectivas pode interferir na falta de concretização dos direitos e do pleno exercício da cidadania, uma vez que se inviabiliza o acesso à cidade a uma considerável parcela da população.

De acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência internalizada pelo Brasil com status de Emenda Constitucional[17] por meio do Decreto n° 6.949/2009, pessoas com deficiência:

> são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em seu preâmbulo, alínea e, a Convenção ainda apregoa que:

> [...] a deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

[16] RIBEIRO, F. A. M. C. O que esperar da Reunião da ONU sobre deficiência e desenvolvimento. *Pauta Inclusiva.* 2013. n. 8.

[17] BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.* Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.> Acesso em 02 de set. 2016.

Assim, a existência de barreiras, sejam arquitetônicas, nas comunicações ou mesmo atitudinais afetam de modo mais contundente as pessoas com deficiência cuja mobilidade e acessibilidade ao espaço urbano são reduzidas.

Impactos negativos podem ser perpetuados com a não elaboração/efetivação do Plano de Mobilidade Urbana tais como o reconhecimento da pessoa com ator social de uma cidade democrática e a consequente exclusão espacial, fato gerador de possível exclusão social.

Portanto, corrobora-se com a ideia de que existem dois desafios[18] para o aumento do nível de bem-estar urbano nas metrópoles brasileiras. O primeiro refere-se implementação da legislação citada no presente estudo por conterem em seus princípios e instrumentos de ação do poder público a concepção da Reforma Urbana, pela qual a cidade deve ser administrada como riqueza social e não como mercadoria – na prática, isto se traduz pela inclusão do bem-estar nas metrópoles brasileiras como direito da população e responsabilidade do poder público.

O segundo desafio diz respeito à ausência de uma política urbana em escala metropolitana; ou seja, no Brasil é ainda incipiente o desenvolvimento de políticas públicas, leis e sistemas de governança e gestão para a escala das grandes cidades. As metrópoles, quando objeto de políticas, são tratadas como se município fossem e todos são concebidos de maneira simétrica, independentemente das evidentes diferenças de tamanho, complexidade e de função exercida na rede urbana.

Com relação às pessoas com deficiência, pelos índices apresentados, pode-se chegar entender que muitas vezes por falta de acessibilidade, as pessoas com deficiência pode deixar de circular pela cidade, e, portanto, desconhecer muitas porções de seu território por não ter oportunidade de apreendê-la como totalidade.

Na esteira de uma legislação transformadora, as leis e as ações políticas devem apregoar a valorização dos indivíduos a partir de suas próprias diferenças como resultado de uma democracia fundamentada no respeito à diversidade.

A busca do conceito de diferença não é uma tarefa fácil, pois não se reduz à simples diferença literal, mas se exige uma idéia própria, como uma singularidade na

[18] RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; RIBEIRO, Marcelo Gomes (Orgs). *Índice de bem-estar urbano dos municípios brasileiros – IBEU municipal*. Observatório das Metrópoles - IPPUR/UFRJ 2016. Disponível em <http://ibeu.observatoriodasmetropoles.net/desafios-para-o-bem-estar-urbano/> Acesso em 29 de set. 2016.

idéia tirando a diferença de seu estado de maldição, estado este criado pela sociedade hememônica.[19]

Além do exposto, a estigmatização da diferença constantemente se depara com culturas massificadas ora pela limitação do preconceito, ora pelo conservadorismo.[20]

Num país fulcrado no princípio da igualdade substancial, em postulados pluralistas e que objetiva a construção de uma sociedade que não seja fundada no preconceito (art. 3, IV e art. 5, "caput", CF), denota-se que o reconhecimento das diferenças é concretizado na medida em que os seus fundamentos e os seus pilares justificativos são respeitados.

Ressalta-se que o não reconhecimento das diferenças em espaços urbanos inacessíveis faz com que as pessoas sem capacidade de locomoção ou com capacidade reduzida estejam impedidas de circular pelas ruas, utilizar o transporte coletivo ou entrar nas edificações públicas e privadas. Em geral ficam fadadas ao alijamento social, sem usufruir dos direitos fundamentais e sociais, pois, ao lhe restarem sucumbidos o direito de ir e vir, torna-se consequente a denegatória do acesso à educação, à saúde, ao trabalho, à cultura, dentre outros direitos sociais, o que inexoravelmente mitiga o direito à igualdade, e, portanto, macula a dignidade humana destes cidadãos.

Impera, portanto, a necessidade de desconstrução de uma cultura organizacional pautada em estereótipos e a construção de um reconhecimento social a partir de um processo cultural que tenha a diversidade como "normal" (Ribeiro & Ribeiro, 2009, p. 129) dando efetivação à política pública dando oitiva às necessidades, à voz e à experiência da própria pessoa com deficiência.

O debate acerca da categoria reconhecimento social é novo, mas o conceito não é; ele é utilizado na modernidade, a partir da literatura produzida por Hegel, tendo, na contemporaneidade, representantes como Axel Honneth[21] e Nancy Fraser. O esforço de Honneth consiste em buscar a ideia original de Hegel do conceito de "luta por reconhecimento", sendo que o alicerce das interações sociais

[19] DELEUZE, Gilles. *Diferença e repetição.* Trad. Luiz Orlandi e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
[20] GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.* 4. ed. São Paulo: Jorge Zahar, 1989.
[21] HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009.

resultam de uma luta de sujeitos e sua gramática é a luta por reconhecimento recíproco e intersubjetivo, por meio da teoria social crítica.

Em apertada síntese, Honneth atribui às respectivas formas de reconhecimentos recíprocos, as experiências correspondentes de desrespeito social. Destarte, o teórico associa a violação e maus-tratos, a privação de direitos e exclusão, e a desvalorização pessoal como as três formas de reconhecimento social denegado.

Ora, vê-se que a não viabilização dos programas legais aqui abordados desencadeia violações propostas pela referida teoria crítica.

Para Fraser[22] o paradigma do reconhecimento é um avanço à comprovação política e a um entendimento de evolução da justiça social. Todavia, argumenta que o paradigma do reconhecimento geraram novas lutas políticas que transferiram o debate da justiça social como luta pela má distribuição dos bens e serviços à discussão das questões de representação, identidade e diferença.

A justiça é uma questão de análise bifocal, sendo de um lado, referente à redistribuição justa, e, por outro, uma questão de reconhecimento recíproco.[23] Pela ótica da redistribuição, a injustiça é deflagrada pela má distribuição (desigualdade de rendas, exploração, privação e a marginalização/exclusão dos mercados de trabalho). Sob a ótica do reconhecimento recíproco, a injustiça é o falso reconhecimento (a dominação cultural, o não reconhecimento e o desrespeito). Dessa maneira, para que aconteça o reconhecimento, tornam-se necessárias mudanças que revalorizem as identidades desrespeitadas e os produtos culturais de grupos discriminados; assim como sejam elaboradas medidas de reconhecimento e valorização da diversidade, por um lado, e, os esforços de transformação da ordem simbólica e de desconstrução dos termos que estão subjacentes às diferenciações de status existentes, por outro.

É no tópico da questão de reconhecimento recíproco, portanto, que as leis referentes à acessibilidade quando cumpridas, valorizarão a diversidade reconstruindo significados a partir de sua própria diferença.

---

[22] FRASER, Nancy. *From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age.* New Left Review, n 212, p. 68-93, jul/aug, 1995.

[23] FRASER, Nancy. *A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação.* Tradução de Teresa Tavares. Revista Crítica de Ciências Sociais, n 63, p. 7-20, out, 2002.

Numa dimensão moral e intersubjetiva da política, a teoria do reconhecimento, na contemporaneidade, tem a pretensão de diagnosticar o desrespeito (Honneth) e injustiça (Fraser).

Considerações finais

Tem-se que, por meio da implantação de programas de eliminação de barreiras arquitetônicas e sensoriais, da aplicação do conceito do Desenho Universal, a urbanização das cidades tende a se adequar no sentido de garantir equiparação de oportunidades a seus cidadãos, principalmente às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

É possível constatar que, mesmo nas cidades onde já exista a preocupação com essa questão, os governos municipais deparam-se com dificuldades acerca de orçamento, planejamento, execução e fiscalização das ações voltadas à Acessibilidade.

O direito deve ser uma atitude interpretativa e contestadora dirigida à política em sentido amplo com a intenção de concretizar a leis em debate.

É necessária uma nova crítica para a fundamentação do urbanismo acessível com vias de reconhecimento à capacidade dos cidadãos de ir e vir com dignidade.

Há necessidade de uma análise sóbria e constitucionalizada da acessibilidade como um instrumento de inclusão social e como mecanismo de respeito e de justiça.

Revela-se importante o envolvimento prático interdisciplinar de diversas áreas privadas bem como das áreas públicas, estas representadas pelos entes da Administração, do Legislativo e do Judiciário imbuídas de novas relações de Poder, para a criação, manutenção e fiscalização de políticas que maximizem a inclusão em nome da construção de cidades democráticas.

Referências

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 01 de set. 2016.

_____. *Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2011.* Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em 01 de set.2016.

_____. *Lei n. 12.587 de 03 de janeiro de 2012.* Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e das Leis nos 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011- 2014/2012/lei/l12587.htm> Acesso em 01 de set.2016.

_____. *Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015.* Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em 01 de set.2016.

_____. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.* Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.> Acesso em 02 de set. 2016.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Contagem Populacional.* Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatística/populacao/default_censo_2011.htm. > Acesso em 15 de ago. 2016.

_____.Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Contagem Populacional.* Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatística/populacao/default_censo_2011.htm. > Acesso em 15 de ago. 2016.

DELEUZE, Gilles. *Diferença e repetição.* Trad. Luiz Orlandi e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FRASER, Nancy. *A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação.* Tradução de Teresa Tavares. Revista Crítica de Ciências Sociais, n 63, p. 7-20, out, 2002.

_____. *From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age.* New Left Review, n 212, p. 68-93, jul/aug, 1995.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.* 4. ed. São Paulo: Jorge Zahar, 1989.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho.* Florianópolis: Obra jurídica, 2007.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009.

OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. *Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) / Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência; Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. Disponível em <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficienciareduzido.pdf> Acesso em 10 de set. 2016.

OMS, World Health Organization. The World Bank. *Relatório mundial sobre a*

deficiência; tradução Lexicus Serviços. Lingüísticos. - São Paulo : SEDPcD,

2011. Disponível em <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf> Acesso em 01 de ago. 2016.

PINHEIRO, Edmundo de Carvalho. “Menos de 30% das principais cidades brasileiras possuem Plano de Mobilidade Urbana”. *NTU Urbano*, 2015, v. 3, nº. 13, p. 14-19. Disponível em <http://novoportal.ntu.org.br/upload/Publicacao/Pub635629598079065291.pdf > Acesso em 01 de set. 2016.

RIBEIRO, F. A. M. C. O que esperar da Reunião da ONU sobre deficiência e desenvolvimento. Pauta Inclusiva. 2013.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; Ribeiro, Marcelo Gomes (Orgs). Índice de bem-estar urbano dos municípios brasileiros – IBEU municipal. Observatório das Metrópoles - IPPUR/UFRJ 2016. Disponível em <http://ibeu.observatoriodasmetropoles.net/desafios-para-o-bem-estar-urbano/> Acesso em 29 de set. 2016.

RIBEIRO, Ricky (Org.). *Mobilize Brasil.* Disponível em <http://www.mobilize.org.br/estatisticas/32/notas-calcadas-do-brasil.html> Acesso em 10/08/2016

VARGAS, H. C. (I)Mobilidade urbana nas grandes cidades. URBS, 2008, nº 47, ano XII, p 7- 11. Disponível em: < http://www.fau.usp.br/depprojeto/labcom/produtos/2008_vargas_imobilidade.pdf>. Acesso em 10 de ago. 2016.

Um breve retrato das pessoas com deficiência no mercado de trabalho do Rio de Janeiro/rj-Brasil

Álvaro dos Santos Maciel[1]

Marcelo Pereira de Mello[2]

RESUMO:

A Constituição Federal Brasileira adota os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade como base para criação das leis. Assim, as leis e as ações políticas laborais também devem apregoar a valorização dos indivíduos a partir do reconhecimento de suas próprias diferenças. Trata-se de uma pesquisa em andamento que estuda a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal identificando como a política de cotas (art. 93 da Lei nº. 8.213 /1991) tem sido acatada pelos empregadores de estabelecimento privados. O que se busca com o estudo do tema é a edificação de um entendimento que constate se, e de que modo são atendidas as condições sociais e profissionais das pessoas com deficiência diante dos ditames estabelecidos pela Constituição Federal, bem como pela ação afirmativa específica. Para investigar o tema proposto, o presente estudo opta por uma pesquisa exploratória de caráter qualitativo e quantitativo, a partir de pesquisa bibliográfica sobre Direito e Sociologia, levantamento de dados estatísticos e jurisprudenciais. Pretende-se colaborar com a construção de uma visão emancipadora, ao conduzir um estudo científico e utilizar seus resultados para propor idéias que possam viabilizar o preenchimento da lacuna do conhecimento se desvencilhando de ideologias excludentes.

Palavras-chave: pessoas com deficiência, direitos humanos, direito do trabalho, mercado de trabalho.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution adopted the principles of human dignity and equality as a basis for creation of laws. Thus, laws and labor policy actions should also proclaim the value of individuals from the recognition of their own differences. This is an ongoing study that analyzes the inclusion of disabled people in the formal labor market by identifying how the quota policy (art. 93 of Law n. 8.213/1991) has been heeded by the establishment of private employers has been heeded by the establishment of private employers. What is sought with the theme of the study is the building of an understanding that it finds, and how are met social and professional conditions of persons with disabilities on the dictates established by the Constitution and by specific affirmative action. To investigate the theme, this study opts for an exploratory study of qualitative and quantitative, from literature on Law and Sociology, of statistical data and jurisprudence. It is intended to collaborate with the construction of an emancipatory vision, to conduct a scientific study and use their results to propose ideas that might enable filling the knowledge gap is disentangling of exclusionary ideologies.

---

[1] Professor da Universidade Veiga de Almeida. Doutorando em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Visitante do Observatório de Direitos Humanos e Pessoas com Deficiência da Universidade de Lisboa, Bolsista pela CAPES Brasil.

[2] Professor Associado IV da Universidade Federal Fluminense. Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF). Doutor em Ciências Políticas. Vice-presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABRASD).

Keywords: disabled people, human rights, labor law, labor market.

INTRODUÇÃO

Trata-se de estudar o movimento de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal identificando como a política de cotas tem sido acatada pelos empregadores privados na cidade do Rio de Janeiro/RJ. O que se busca com o estudo do tema é a edificação de um entendimento que constate se, e de que modo o movimento cultural atende as condições sociais e profissionais das pessoas com deficiência diante dos ditames estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, bem como pela ação afirmativa específica – o sistema de cotas legais, traduzido pelo art. 93 da Lei nº. 8.213 de 1991, dentre outros aparatos legislativos.

Atualmente, produzir uma crítica ainda se trata de um fator complexo. Não que seja pela inexistência de objetos a serem descobertos e superados em suas contradições, mas sim pela tarefa difícil de definir o que é crítica e que postura um crítico deve manter em relação ao objeto a ser criticado.

A partir do ano de 1990, houve no Brasil, mudanças sociais que impactaram tecnologicamente os processos, da base eletromecânica (rígida) para a base microeletrônica (flexível), exigindo um novo perfil de trabalhador, igualmente flexível[3], capaz de adequar-se às novas tecnologias que demandavam conhecimentos diversos que ultrapassam os modelos tradicionais de trabalho qualificado.[4] Exigiram-se, portanto, novas competências para os trabalhadores que vinham atuando neste mercado de trabalho.

Além disso, a busca pela formação de profissionais flexíveis afetou também a qualidade dos processos pedagógicos de educação profissional:

> O regime de acumulação flexível se expressa através de uma diferente forma de materialização da dualidade estrutural que se constrói a partir da relação que se estabelece entre o mercado que exclui a força de trabalho para incluí-la de novo através de diferentes formas de uso precário ao longo da cadeia produtiva e um sistema de educação e formação profissional que inclui para excluir ao longo do processo, seja pela expulsão ou pela precarização dos processos pedagógicos que conduzem a uma certificação desqualificada.[5]

[3] HARVEY, D. *Condição pós-moderna*. Edições Loyola, São Paulo, 1994.
[4] BASTOS, J.A., BUENO, N.L. Capacitação tecnológica da empresa: a ênfase na educação continuada. In: *Capacitação tecnológica e competitividade: o desafio para a empresa brasileira.* Curitiba: IEL/PR, 2002.
[5] KUENZER, A. Z. *As relações entre conhecimento tácito e conhecimento científico a partir da base microeletrônica:* primeiras aproximações. Educar em Revista, Curitiba, v.n.esp., n.1, 2003.

Em concomitância com as referidas mudanças surgem políticas públicas compensatórias com o intuito de promover a inclusão das pessoas com deficiência neste mesmo mercado de trabalho.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988 determinou o desenvolvimento educacional especializado deste nicho social e estabeleceu dentre outros direitos, a reserva de vagas no âmbito público. Quanto ao âmbito privado, foi a Lei nº. 8.213 de 1991 que previu o referido direito.[6] Em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases (LDB) e, em 1999, o Decreto nº. 3.298 reafirmaram os direitos de proteção às pessoas com deficiência, especialmente no que se refere à educação.

A partir do desenvolvimento e articulação destes e de outros pontos que serão apresentados no decorrer do projeto, uma das questões que se impõe à pesquisa sociológica é saber quais as possibilidades de um trabalhador deficiente desenvolver atividades em um processo produtivo que passa a exigir novas e mais abrangentes habilidades profissionais de forma que haja um reconhecimento de sua valorização enquanto profissional e quebra de paradigmas culturais.

Ser atores sociais de uma sociedade insculpida na cultura da diferença, em que há evidente classe dominante e classe dominada, concentração de riqueza paralelamente à promoção da miséria[7], implica compreender os discursos, a realidade e a respectiva efetividade em prol da democracia.

Este preconceito enraizado na cultura social que é contrário às diferenças leva o preconceituoso a identificar-se com a ordem dominante, como esclarecem Horkheimer e Adorno[8]:

> Para que se sintam alguém, essas pessoas têm necessidade de se identificar com a ordem estabelecida e essa identificação faz-se com tanto mais agrado quanto mais inflexível e poderosa for essa ordem. E dessa forma as particularidades são destroçadas em função da totalidade.

Em razão das pessoas com deficiência estarem historicamente excluídas e o princípio da exclusão-inclusão ser um constitutivo lógico cogente nas sociedades capitalistas modernas, revela-se necessário compreender de que forma o sistema

---

[6] Art. 93. "A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados: 2%; II - de 201 a 500: 3%; III - de 501 a 1.000: 4%; IV - de 1.001 em diante: 5%."

[7] MESZAROS, I. *Para além do capital.* Boitempo, São Paulo, 2002.

[8] ADORNO, T. W. Educação após Auschwitz. *In*: ADORNO, Theodor W. *Palavras e sinais*: modelos críticos. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

tem tentado cumprir a Lei de Cotas sem desviar do seu objetivo maior que é a acumulação crescente.

O trabalho ocupa uma posição fundamental na vida das pessoas.[9] O vínculo empregatício representa para o indivíduo a posse e o melhoramento de suas condições, ao passo que o desemprego constitui a exclusão e ruptura do seu modo de vida.[10]

Logo, a inserção dos trabalhadores com deficiência nas políticas afirmativas está pautada no reconhecimento de valores, como a dignidade da pessoa humana e o direito à diferença, além de outros reivindicados pelos vários movimentos sociais e organismos internacionais.[11]

O ponto de partida da problemática reside em levantar a configuração real e, portanto, individual da vida sócio-cultural que nos rodeia para apreendê-la universalmente.

A construção da cidadania num país excludente e a existência de padrões dissociados do multiculturalismo consolida a necessidade de concretizar uma renovação da crítica para o alcance da efetiva emancipação social dos trabalhadores com deficiência na ordem democrática.

Assim, edificam-se os seguintes metaproblemas a serem respondidos: *Os empregadores estão garantindo o trabalho às pessoas com deficiência, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, ou seja, o dever-ser das mesmas estão sendo cumpridos na integralidade?De que forma? Quais as tendências? (O trabalho tem respeitado os princípios inclusivos? O trabalho é decente e valorizado a ponto das pessoas com deficiência alcançarem cargos com poder de decisão efetivos?) . Em não sendo, quais as causas desta problemática? (Preconceito? Desconhecimento empresarial acerca da deficiência? Falta de fiscalização do Ministério Público do Trabalho (MPT)? Falta de intervenção dos Sindicatos? Falta de qualificação? Outras causas?).*

Portanto, os objetivos da presente pesquisa, em linhas gerais é identificar se a Lei de Cotas, juntamente com as demais normas jurídicas em vigor no Brasil, tem sido cumprida com efetividade na inclusão das pessoas com deficiência em processos produtivos empresariais.

---

[9] ANTUNES, R. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho* (6a ed.).São Paulo: Cortez Editora, 1999.
[10] CASTEL, R. *As metamorfoses da transformação do salário: uma crônica do salário.* Petrópolis: Vozes, 1998.
[11] SASSAKI, R. K. *Inclusão: Construindo uma sociedade para todos.* Rio de Janeiro: WVA, 1997.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

No mundo, mais de um bilhão de pessoas (15% da população mundial) convivem com alguma forma de deficiência, sendo que, cerca de 200 milhões experimentam dificuldades consideráveis.[12]

No Brasil, no censo demográfico, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2000, o total de 24 milhões (14,3% da população da época) se auto declararou com deficiência. No Censo de 2010, a quantidade deste nicho alcançou o patamar de 45,6 milhões (23,9% da população). Eis que as pesquisas consideraram pessoas com deficiência aqueles que declararam qualquer nível de dificuldade, desde que, fosse permanente.[13]

No que se refere à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, desde 2007, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)[14], por meio da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), divulga o número de vínculos empregatícios formais exercidos por pessoas com deficiência.

De acordo com os resultados definitivos da RAIS/2011, no Brasil, 325,3 mil vínculos foram declarados como de pessoas com deficiência, representando 0,7% do total dos vínculos empregatícios, sinalizando uma relativa estabilidade, quando comparado com o resultado registrado em 2010 (0,69%).

No Estado do Rio de Janeiro, a RAIS do mesmo período apontou 23,3 mil trabalhadores com deficiência representando 0,5% do total de vínculos empregatícios.

Com o advento da Lei 8.213/1991, houve o estabelecimento do sistema de cotas às pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

---

[12] OMS, World Health Organization. The World Bank. *Relatório mundial sobre a deficiência*; tradução Lexicus Serviços. Lingüísticos. - São Paulo : SEDPcD, 2011. Disponível em <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf> Acesso em 01 de ago. 2016

[13] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Contagem Populacional.* Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatística/populacao/default_censo_2011.htm.> Acesso em 15 de ago. 2016.

[14] BRASIL. Ministério do Trabalho e do Emprego. Disponível em < http://www.mte.gov.br> Acesso em 10 de abr. 2016.

Deste modo, a inclusão passa a direcionar o sistema de proteção institucional da pessoa com deficiência no Brasil. Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a criação de leis específicas para os deficientes, decorre do fato de que "há um débito social secular a ser resgatado em face das pessoas com deficiência" e que, dessa forma, compete "à sociedade agir, combinando-se esforços públicos e privados para a realização de tal mister".[15]

Um estudo direcionado e regionalizado conduzido no sentido de identificar se as diretrizes das políticas de cota são eficazes, justifica-se em face da essencialidade da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal, haja vista que esse pode ser o caminho para o reconhecimento da capacidade das pessoas, pois a referida inclusão, como forma de interação social pode desencadear autonomia, auto-estima, dentre outros benefícios à pessoa com deficiência, além de promover ações de solidariedade no grupo não deficiente.

Ademais, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana tido com o valor fonte que norteia e justifica a própria existência do ordenamento jurídico constitucional brasileiro[16], de igual modo, é essencial a presente pesquisa para que sejam observadas a efetividade do cumprimento da Lei de Cotas para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal na cidade de Rio de Janeiro/RJ (como forma de amostragem) com vistas a uma revolução social democrática do direito e da justiça seguindo um viés equitativo.

Assim, revela-se importante o envolvimento prático interdisciplinar de diversas áreas de pesquisa que auxiliem na criação, manutenção e fiscalização de políticas que minimizem a exclusão. Em verdade, a deficiência é parte da condição humana, e quase todos nós estaremos um dia, temporária ou permanentemente, incapacitados em algum momento da vida.

Têm-se, com base em dados gerais de literatura a premissa de que a ocorrência de eventual descumprimento da legislação em tela é habitual. Assim, identificar as causas é imprescindível para que haja a efetiva inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho como forma de valorização da dignidade da pessoa humana deste nicho social.

---

[15] BRASIL. Ministério do Trabalho e do Emprego. Disponível em < http://www.mte.gov.br> Acesso em 10 de abr. 2016.

[16] SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2009.

Pretende-se testar a hipótese de que parte das causas de descumprimento da lei decorreria da falta de qualificação profissional das pessoas com deficiência e que a inclusão poderia acarretar na exclusão na medida em que o empregador tenderia a alocar o trabalhador com deficiência em postos precarizados, fazendo com que a educação profissional deste profissional, de igual modo, fosse precária, formando então, um círculo vicioso.

Supõe-se também que, quanto mais próximos do poder estariam os postos de trabalho, menos a diversidade poderia ser observada, eis que os entes empregadores seriam norteados por promoções de trabalhadores não deficientes por questões de preconceito ou outras a serem identificadas.

A mera fiscalização do Estado e a carência de atuação dos movimentos sociais deverão ser levadas em consideração quando estudados os fatores que interferem positiva ou negativamente à inclusão efetiva.

Tem-se que o corpo é, naquilo que parece mais natural (seu volume, seu talhe, seu peso, sua musculatura, seus sentidos), um produto social, que depende de suas condições de produção, através de diversas mediações, tais como o tipo de trabalho e os hábitos alimentares. As classificações que vigoram em nossa sociedade fazem com que sejam permanentemente contrapostas as propriedades corporais, estabelecendo tipos dominantes e dominados: magro/gordo, grande/pequeno, elegante/grosseiro, leve/pesado, normal/deficiente etc.[17]

Para Marx[18] as relações jurídicas não podem ser compreendidas por si mesmas, nem pela evolução geral do espírito humano. As suas idéias se baseiam no fato de que o entendimento de uma sociedade civil deve ser procurada na economia política e enfatiza que “não é a consciência dos homens que determina o seu ser: é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência”.

Logo, a realidade dos trabalhadores com deficiência no mercado de trabalho seria resultado do capitalismo.

Teorias contrapostas fundamentam que nem todos os fatos sociais devem ser interpretados à luz da economia e sim de diversos outros fatores diferentes da

[17] BOURDIEU, P. *A dominação masculina.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999

[18] MARX, K. *Contribuição à crítica da economia política.* Tradução de Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

economia propriamente dita (tais quais os “economicamente relevantes” e os “economicamente condicionados”[19]

No Brasil, as minorias (pessoas com deficiência, sem-teto, negros, homoafetivos, dentre outras) são estereotipadas e oprimidas ficando à mercê das legitimações do consenso social excludente. O preconceito e a não aceitação das pessoas com deficiência no convívio social é algo histórico.

Por sua vez, o preconceito em torno da capacidade contributiva no contexto empresarial revela-se um dos maiores obstáculos para a inclusão social.

Uma pessoa com algum tipo de deficiência, afastada do mercado de trabalho, terá sua vida afetada com sérios impactos. Destarte, surge o desafio da prática de inclusão social já que o sistema democrático deve adaptar-se, de alguma forma, para celebrar as diferenças.[20]

No que se refere à valorização da dignidade da pessoa humana com deficiência e a questão do cumprimento da Lei de Cotas no contexto do modelo inclusivista, tem-se que a inclusão laboral não pode ser feita em qualquer posto trabalho, mas em um trabalho decente seguindo a recomendação da Organização Internacional do Trabalho.

Logo, a criação de postos trabalho às pessoas com deficiência derivada das cotas deve ser fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, pois do contrário, ou seja, a criação por imposição, pode deflagrar resultados diferentes do esperado por lei.

As pesquisas apontam que há inúmeras barreiras funcionais, arquitetônicas, além de falta de preparo social (barreiras atitudinais). A contratação de trabalhador com deficiência apenas para cumprir a Lei, sem remover barreiras que facilitem o acesso dessa pessoa, dificulta a inclusão e desacelera o processo de desenvolvimento de competência laboral.[21]

---

[19] WEBER, M. *Metodologia das Ciências Sociais.* Tradução Augustin Wernet; Introdução à edição brasileira Maurício Tragtenberg. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1992.

[20] SASSAKI, R. K. *Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos*. 7. ed., Rio de Janeiro: Editora WVA, 2006.

[21] TANAKA, E.D.O., MANZINI, E.J. *O que os empregadores pensam sobre o trabalho da pessoa com deficiência?* vol.11, nº 2. Revista Brasileira de Educação Especial: Marília, 2005.

A superação desse risco afigura-se realizável, no entanto, pela atuação constante do Estado e da sociedade para se discutir a questão durante as próximas décadas, tomando-se a Lei de Cotas como ponto de partida.[22]

Percebe-se que as políticas públicas implantadas promoveram um avanço no que se tange à integração social do deficiente. A própria Lei de Cotas, ao impor a contratação, faz com que o capital tenha de se adequar a essa nova demanda de trabalhadores, o que permite, por um lado, que os deficientes tenham uma oportunidade concreta de trabalho e por outro, que possam reivindicar os mesmos direitos já conquistados pelos demais trabalhadores.

Se não há carência de legislação em defesa dos direitos sociais dos deficientes, pode ser que haja ainda uma grande distância entre o que a legislação determina e o que é praticado.

O tema proposto tem um foco multidisciplinar e sistematizado, e a lacuna no corpo do conhecimento existe não por carência ou criação de leis, mas por carência de resultados robustos, baseados em dados empíricos, regionalizados e mais específicos levando a considerações e a aproximações mais realistas do que pode ser feito no sentido de colaborar com o aprimoramento da ciência jurídica e sociológica.

As leis existem, todavia carecem de fiscalização e efetivação, pois há a necessidade de adequação dos direitos fundamentais para a garantia do mínimo existencial daqueles que não têm voz ou entendimento suficiente para fazê-lo.

Pesquisas vêm identificando as dificuldades das pessoas com deficiência para se inserirem no mercado de trabalho tais como precariedade educacional, competitividade e oportunidade de mercado, dentre outras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se de um estudo ainda em andamento. Entretanto, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro tem se aperfeiçoado na esteira dos Direitos Humanos, visando a integração e equiparação de direitos e garantias de todos os cidadãos, inclusive como um mecanismo de justiça distributiva.

Contudo, ainda há a necessidade da responsabilidade estatal e interdisciplinar de diversas áreas privados, tais quais humanas, exatas e

[22] FONSECA, R. T. M. O *Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos: O Direito do Trabalho, Uma Ação Afirmativa*. São Paulo, LTR/LIDA, 2006.

relacionadas à saúde, para que se garantam os direitos das pessoas com deficiência, lhes conferindo autonomia e reconhecimento em sua identidade pessoal e social, bem como se valorize, a criação de políticas públicas e sua eficaz manutenção na tentativa de se concretizar o exercício efetivo da democracia.

Há muitos casos em que há a deficiência não é aceita e reconhecida, há a presença de obstáculos visíveis e invisíveis que tolhem o direito fundamental de ir e vir das pessoas com deficiência, o que deflagra diversos resultados de exclusão, tais quais às falhas na sua formação que, deste modo, impedem a conquista de um trabalho digno.

Ao que parece a relação com o trabalho pode estar no centro da problemática da exclusão. Destarte, revela-se que a política de reserva de vagas, inclusive com abrigo pelo Direito do Trabalho, para as pessoas com deficiência, através de cotas, pode ser um dos instrumentos mais eficazes para a tentativa de se viabilizar um legítimo Estado Democrático.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W. Educação após Auschwitz. *In*: ADORNO, Theodor W. *Palavras e sinais*: modelos críticos. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

ANTUNES, R. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho* (6a ed.).São Paulo: Cortez Editora, 1999.

BASTOS, J.A., BUENO, N.L. Capacitação tecnológica da empresa: a ênfase na educação continuada. In: *Capacitação tecnológica e competitividade: o desafio para a empresa brasileira.* Curitiba: IEL/PR, 2002.

BOURDIEU, P. *A dominação masculina.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999

BRASIL, *Lei n. 8.213 de 24 de julho 1991.* Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em 01 de set.2016.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Contagem Populacional.* Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatística/populacao/default_censo_2011.htm. > Acesso em 15 de ago. 2016.

_____. Ministério do Trabalho e do Emprego. Disponível em <http://www.mte.gov.br> Acesso em 10 de abr. 2016.

_____. Ministério do Trabalho e do Emprego. Disponível em <http://www.mte.gov.br> Acesso em 10 de abr. 2016.

CASTEL, R. *As metamorfoses da transformação do salário: uma crônica do salário.* Petrópolis: Vozes, 1998.

FONSECA, R. T. M. O *Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos: O Direito do Trabalho, Uma Ação Afirmativa*. São Paulo, LTR/LIDA, 2006.

HARVEY, D. *Condição pós-moderna*. Edições Loyola, São Paulo, 1994.

KUENZER, A. Z. *As relações entre conhecimento tácito e conhecimento científico a partir da base microeletrônica:* primeiras aproximações. Educar em Revista, Curitiba, v.n.esp., n.1, 2003.

MARX, K. *Contribuição à crítica da economia política.* Tradução de Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MESZAROS, I. *Para além do capital.* Boitempo, São Paulo, 2002.

OMS, World Health Organization. The World Bank. *Relatório mundial sobre a deficiência*; tradução Lexicus Serviços. Lingüísticos. - São Paulo : SEDPcD, 2011. Disponível em <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf> Acesso em 01 de ago. 2016

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2009.

SASSAKI, R. K. *Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos*. 7. ed., Rio de Janeiro: Editora WVA, 2006.

SASSAKI, R. K. *Inclusão: Construindo uma sociedade para todos.* Rio de Janeiro: WVA, 1997.

TANAKA, E.D.O., MANZINI, E.J. *O que os empregadores pensam sobre o trabalho da pessoa com deficiência?* vol.11, nº 2. Revista Brasileira de Educação Especial: Marília, 2005.

WEBER, M. *Metodologia das Ciências Sociais.* Tradução Augustin Wernet; Introdução à edição brasileira Maurício Tragtenberg. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1992.

Combate à discriminação em função da identidade ou expressão de género – o que se vai fazendo em Portugal

Ana Paula Guimarães[1]

RESUMO:

Por via de regra, sexo e género são coincidentes. Acontece, porém, que há pessoas cujo sexo biológico não correspondente ao género respetivo. Estas nascem com uma configuração anatómica de um determinado sexo mas sentem-se pessoas do sexo oposto. Referimo-nos às pessoas designadas *trans*. Segundo a definição da American Psychological Association transgénero é a pessoa cuja identidade de género, expressão de género ou comportamento não se coaduna com o que é tipicamente associado ao sexo recebido por via do nascimento. O facto de a lei portuguesa nº 7/2011, de 15 de março (que criou o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil) designar a transexualidade como ”perturbação de identidade de género” – cujo diagnóstico deve ser comprovado por relatório médico – e de o Código Deontológico dos Médicos tratar esta matéria no Capítulo “Transexualidade e disforia de género”, não contribui para a compreensão generalizada desta temática, sendo que a abertura para o conhecimento funciona como um dos motores principais da não discriminação. Por outro lado, a Classificação Internacional de Doenças inclui a questão de identidade de género na parte respeitante aos transtornos mentais e comportamentais, mais especificamente, na categoria F64 dos transtornos da identidade sexual. A rejeição do outro, a discriminação e o preconceito são fatores de desinserção social, de estigmatização, de afastamento e estão muitas vezes nas causas da criminalidade mais hedionda e de suicídio. Uma verdadeira ignomínia em pleno século XXI.

Nos últimos tempos, Portugal foi dando alguns passos no sentido de colocar a questão de identidade de género nos diplomas legislativos enquanto elemento a ter em conta como fator de não discriminação. Como é de conhecimento geral, estamos perante uma parte populacional, em termos estatísticos, quantitativamente pequena e pequenas franjas da população não são normalmente atrativas para o poder político dada a sua mínima tradução em termos eleitorais. Não obstante, conseguiremos analisar alguns sinais de uma certa atenção dada pelo legislador português.

Palavras-chave: sexo; género; transgénero; identidade de género; discriminação.

[1] Doutora em Direito, Docente e Investigadora – Universidade Portucalense, Instituto Jurídico Portucalense - IJP, Rua Dr. António Bernardino Almeida, 541-619, P 4200-072, Porto, Portugal.

ABSTRACT:

As a rule, sex and gender are the same. It turns out, however, that there are people whose biological sex does not corresponding to the respective gender. These are born with an anatomical configuration of one sex but feel the opposite sex. We refer to the *trans* designees. According to the American Psychological Association definition transgender is a person whose gender identity, gender expression or behavior is not consistent with what is typically associated with sex received by birth route. The fact that the Portuguese Law No. 7/2011 of 15 March (who created sex change procedure and name in the civil register) designate transsexuality as "gender identity disorder" - whose diagnosis should be confirmed by medical report - and the Code of Ethics of Physicians treat this matter in Chapter "Transsexuality and gender dysphoria", does not contribute to the general understanding of this issue, and the openness to knowledge acts as a major driver of non-discrimination. On the other hand, the International Classification of Diseases includes the issue of gender identity in part related to mental and behavioral disorders, more specifically, in the F64 category of sexual identity disorders. The non- acceptance of the other, discrimination and prejudice are factors of social alienation, stigmatization, expulsion and are often the causes of the most heinous crime and suicide. It´s a real shame in the XXI century. In recent years, Portugal has been taking some steps to put the issue of gender identity in legislative texts as an element to take into account as a factor of non-discrimination. As is common knowledge, we have a population of, in statistical terms, quantitatively small and small parts of the population are not usually attractive to political power given their minimum translation electorally. Nevertheless, we will analyze some signs of some attention given by the Portuguese legislator.

Keywords: sex; gender; transgender; gender identity; discrimination.

1. Introdução

Somos portadores de vários tipos de identidade. Identificamo-nos culturalmente, reconhecemo-nos religiosamente, assumimo-nos como pertença de uma identidade racial e afirmamos a nossa identidade nacional portuguesa. A identidade que revela a pessoa humana no que lhe é mais intrínseco – a identidade pessoal – é definida através de diversos elementos, entre os quais, se contam o sexo, o corpo físico e as suas demonstrações.

A questão da mudança de sexo surge quando alguém nasce com um sexo biológico, resultante da herança genética, mas não se sente identificada com o género correspondente a esse mesmo sexo. Não existe consonância entre o ser biológico e o realmente sentido, desejando a pessoa em causa ser e

assumir-se do sexo oposto. Nem a constituição, nem a morfologia física correspondem ao género com o qual a pessoa transexual verdadeiramente se identifica. A livre realização da personalidade ética da pessoa humana impõe a plena realização desta ao nível da identidade pessoal e da identidade sexual. Nesse sentido, é necessário que a ordem jurídica faculte meios de fazer ajustar o sexo jurídico com o autenticamente vivido e sentido no plano psicológico. Porque o direito é feito para as pessoas suas destinatárias e a pensar nelas, a normativização desta questão, tão complexa e tão pessoal, tem de servir o desígnio da corporalização do direito a ser feliz – um corolário do direito à vida com dignidade.

2. Identidade de género em instrumentos internacionais

Existem instrumentos internacionais que proclamam a igualdade e proibição de discriminação e, de forma direta ou indireta, tocam com a problemática de identidade de género. Passamos a indicar alguns deles, a saber:

I. A Declaração Universal dos Direitos do Homem que, no artigo 1º, dispõe: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. E continua no artigo 2º, nº 1: Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Acrescenta no artigo 7º: Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

II. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prescreve no artigo 14º: O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

III. Por sua vez, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos vem estabelecer no artigo 26º: Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deve proibir todas as discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra toda a espécie de discriminação, nomeadamente por motivos de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação.

IV. Ainda a Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa que teve lugar em

Durban, na África do Sul, em 2001)[2], deixou claro o reconhecimento da necessidade de integrar uma perspectiva de género em todas as políticas, estratégias e programas de acção relevantes no domínio da luta contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância conexa a fim de fazer face a formas múltiplas de discriminação.

V. Em 2006, os Princípios de Yogyakarta[3]: A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso; Toda a pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de género diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de género. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de género de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de género.

VI. A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, no artigo 1º, proclama: A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida. E no artigo 20º: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Também preceitua no artigo 21º, nº 1: É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

VII. A Resolução do Parlamento Europeu, de 04 de fevereiro de 2014, sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de género (2013/2183(INI))[4] estabelece:

---

[2] *Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa* (África do Sul, Durban, 31 de Agosto / 8 de Setembro de 2001) http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Racismo.pdf [03 julho 2016].

[3] *Princípios de Yogyakarta - Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero* – Indonésia, Yogyakarta, 06 e 09 de novembro de 2006, Tradução para o português: Jones de Freitas, Apoio para versão em português: Observatório de Sexualidade e Política (Sexuality Policy Watch), Julho de 2007, http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf [05 julho 2016] fornece definição de identidade de género "como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos" – nota 2, pág. 6 e pp. 9 e 10.

[4] *Resolução do Parlamento Europeu*, de 04 de fevereiro de 2014, sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de género (2013/2183(INI)) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+XML+V0//PT [15 agosto 2016]

G. Ação específica para as pessoas transexuais e intersexuais - i) A Comissão deve velar por que a identidade de género seja incluída nos motivos de discriminação proibidos na futura legislação em matéria de igualdade, incluindo as reformulações; ii) A Comissão deve integrar as questões específicas das pessoas transexuais e intersexuais em todas as políticas relevantes da UE, refletindo a abordagem adotada na estratégia em matéria de igualdade de géneros; iii) Os Estados-Membros devem velar por que os organismos responsáveis pela promoção da igualdade recebam informação e formação sobre os direitos e questões específicas respeitantes às pessoas transexuais e intersexuais.

2.1. Normativos da Constituição da República Portuguesa

A Constituição da República Portuguesa, no artigo 13º, nº 1 afirma que "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei" e no nº 2 declara que "ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual".

O referenciado artigo 13º da Constituição da República Portuguesa sofreu alteração no ano de 2004 no sentido de acrescentar a "orientação sexual" como elemento de não discriminação. Não incluiu expressamente a expressão "identidade de género" como componente de proibição de discriminação.

O artigo 26º garante que "a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação".

3. Discriminação dos transexuais

Apesar da benevolência dos referenciados instrumentos no que concerne ao princípio da igualdade e à proibição de discriminação, a realidade tem-nos confrontado com a perpetração de crimes violentos em que as vítimas são transexuais. Ainda está presente na memória de todos a barbaridade de um crime cometido em Portugal, em fevereiro de 2006 que vitimou Gisberta[5]. Tratou-se de um facto que colocou na ordem do dia a questão da transfobia entendida como a "rejeição ou preconceito contra os transexuais ou o transexualismo"[6]. Dois anos depois, um outro caso também chocou a comunidade portuguesa. Foi o que vitimou Luna, em finais de fevereiro de

[5] Tratava-se de Gisberta Salce Júnior, cidadão de nacionalidade brasileira e transexual. Encontrava-se em Portugal desde os seus 20 anos, tendo fugido da sua pátria por temer a onda de homicídios contra transsexuais de que a cidade de S. Paulo era palco. Tinha 45 anos de idade quando foi barbaramente agredida, no Porto, por vários miúdos com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos, tendo acabado por falecer devido aos ferimentos, à fome, sede e frio, em consequência do abandono a que foi votada no fundo de um poço.

[6] *Dicionário da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico*. Porto: Porto Editora, 2003-2016. Disponível na Internet: http://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/transfobia [18 agosto 2016].

2008[7]. Decorridos dez anos, a sociedade mantém o preconceito e a transexualidade – tão pouco visível e com diminuta força de reclamação e reivindicação por via da reduzida incidência populacional e consequente escassa tradução ao nível eleitoral – continua a ser um assunto de segunda linha na ordem das preocupações da sociedade e do poder legislativo. Por outro lado, a transexualidade, os seus problemas e especificidades são pouco conhecidos da população em geral. O desconhecimento generalizado deste fenómeno acaba por constituir um entrave à compreensão e à atenção que lhe é devida. Em contrapartida, existem problemas que tocam a comunidade transexual, desde a discriminação social, até dificuldades laborais, desde obstáculos legais, até à rotulação como doença do foro mental, desde contrariedades a nível de procedimentos clínicos, à complicação da comparticipação do sistema nacional de saúde. A mudança de sexo é uma questão de identidade pessoal, direito constitucional dos mais essenciais da pessoa humana[8]. Antes de mais, é fundamental consciencializar que a realidade é rica na diferença. Afinal somos iguais na diferença e somos todos únicos e diferentes dos demais. Todavia, a interiorização desta variabilidade do ser humano, da sua intrínseca volubilidade, do desajuste dos modelos tidos por regulares e costumeiros e consequente necessidade de despadronização do adequado social e culturalmente compromete as atitudes individuais de cada um de nós e o espírito coletivo da sociedade instituída. É o modelo de coesão social e cultural – criação da própria representação coletiva, onde impera o paradigma da normalidade – que molda os inerentes conflitos, as ausências de cooperação e a incapacidade para sentir as minorias.

4. O que se vai fazendo em Portugal

4.1. Nos últimos tempos, Portugal foi dando alguns passos no sentido de colocar a questão de identidade de género nos diplomas legislativos quer criando mecanismos para a mudança de sexo e de nome próprio, quer enquanto elemento a ter em conta como fator de não discriminação

A Lei nº 7/2011, de 15 de março, que cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil veio possibilitar o procedimento em sede exclusiva do registo civil e atribui competência às respetivas conservatórias, sem necessidade da tramitação de um processo judicial. Com efeito, veio pôr cobro à complexidade que dominava os processos judiciais de mudança de sexo, complexidade essa que advinha da ausência de legislação específica. Qualquer cidadão português, desde que maior de 18 anos de idade, pode apresentar o respetivo requerimento junto de uma das conservatórias do

[7] Walace, um transexual brasileiro, de 42 anos de idade, que vivia em Lisboa, cujo corpo foi encontrado num contentor de entulho com sinais de ferimentos e baleado.
[8] Artigo 26º da República Portuguesa. Ver Canotilho, J.J. Gomes, Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 458 a 474 e especificamente sobre o direito à identidade pessoal, pp. 462-463.

registo civil existentes em território nacional. É necessário que o requerente não seja interdito ou inabilitado por anomalia psíquica. Também é indispensável o diagnóstico de perturbação de identidade de género[9]. Esta caraterística tem de ser confirmada por relatório elaborado por uma equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica. Nos termos do artigo 3º o pedido deve ser instruído com um "relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade, elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro", devendo este "ser subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo". Existe uma lista de clínicos "habilitados a assinar relatórios que comprovem os diagnósticos de perturbação de identidade de género" que está acessível no sítio eletrónico do Instituto dos Registos e Notariado, com referência a uma atualização de novembro de 2015, elaborada pela ordem dos médicos com nome, formação, especialidade, instituição, número de cédula e endereço eletrónico[10]. Indica algumas especialidades médicas como endocrinologia, psiquiatria, obstetrícia, medicina geral e familiar e singularmente faz também menção a 14 psicólogos[11]. Não sendo a lista de clínicos habilitados em si mesma um requisito legal, não deve constituir fundamento para inadmissibilidade do requerimento, como tem vindo a ser. Sabemos que, em caso de indeferimento, o interessado tem a possibilidade de recorrer ora hierárquica, ora judicialmente. Todavia, sendo o recurso um meio de defesa, é sempre de evitar que lhe seja dada causa desnecessariamente, a bem da celeridade processual e em nome da boa administração da justiça. A própria desjudicialização deste procedimento veicula uma dinâmica mais ágil e abreviada porque se vem aqui reclamar a obtenção do que é próprio, autêntico e inegável. Com efeito, o referido pressuposto legal consiste apenas em "relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade, elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro" e que o referido relatório seja subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo. Ora, não é compreensível a rejeição de pedidos que são instruídos com relatórios emitidos por médicos não constantes

[9] Cerca de 300 pessoas efetuaram mudança de sexo com alteração dos respetivos documentos após a entrada em vigor desta legislação.

[10] Essa listagem pode ver-se em http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-de-clinicos/downloadFile/file/Lista_profissionais_habilitados_assinar_relatorios.pdf?nocache=1436274751.05 [30 julho 2016].

[11] Refere o Instituto dos Registos e do Notariado que não é responsável pela elaboração e atualização da lista que lá apresenta em anexo. Essa listagem pode ver-se em http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-de-clinicos/downloadFile/file/Lista_profissionais_habilitados_assinar_relatorios.pdf?nocache=1436274751.05 [30 julho 2016].
Ver em http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-atualizada-de/ [30 julho 2016].

da listagem elaborada pela ordem dos médicos. Conforme dispõe o artigo 4º, nº 1, alínea c) da Lei 7/2011, após a apresentação do requerimento do interessado o conservador pode "rejeitar o pedido, quando da análise dos documentos instrutórios resultar que este manifestamente não se coaduna com as normas aplicáveis". E, na verdade, insistimos, a lei exige "relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade, elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro", devendo ser subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo" – artigo 3º, nº 1, alínea b) e nº 2, relativo ao pedido e instrução. Apresentado o pedido pelo interessado, o conservador dispõe de oito dias para: a) decidir favoravelmente, realizando o respetivo averbamento (nos termos do artigo 73º do Código do Registo Civil e, se for o caso, um novo assento de nascimento, nos termos do nº 1 do artigo 123º do referido Código);
b) solicitar o aperfeiçoamento do pedido[12]; c) rejeitar o pedido, quando da análise dos documentos instrutórios resultar que este manifestamente não se coaduna com as normas aplicáveis.

4.2. O Código Deontológico dos Médicos

Os médicos podem atuar neste âmbito, no que concerne à adequação do género psicológico ao sexo[13]. O Código Deontológico dos Médicos aprovado pelo regulamento nº 14/2009, de 13 de janeiro, trata esta matéria no Capítulo VIII, designada "Transexualidade e disforia de género", nos artigos 69º a 72º. Proíbe, por princípio, a cirurgia para transição do género em pessoas morfologicamente normais; excecionalmente pode ser realizada a referida cirurgia em um maior de idade civil e cognitivamente capaz, nos casos clínicos adequadamente diagnosticados como transexualismo ou disforia do género. A cirurgia visa contribuir para o equilíbrio psicológico do doente mas o médico não pode garantir que a cirurgia garanta a satisfação sexual. O consentimento do interessado é dado por escrito e testemunhado[14]. A cirurgia é precedida de uma avaliação com caráter multidisciplinar devendo ser realizada por três especialidades com reconhecida experiência na matéria: cirurgia plástica, reconstrutiva e estética; endocrinologia; e psiquiatria. A avaliação e

[12] Neste caso o conservador deve decidir o pedido no prazo de oito dias a contar da data da apresentação dos elementos adicionais.
[13] Veja-se Marques, João Gama, Vieira, Fernando, Gonçalves, Marco, Santos, Jorge Costa "Transexualidade: Aspectos Psiquiátricos e Médico-Legais" http://www.academia.edu/3061841/Transexualidade_Aspectos_Psiqui%C3%A1tricos_e_M%C3%A9dico-Legais, pp. 121-130 [21 agosto 2016].
[14] Artigo 45º (Consentimento do doente): 1 - Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coacções físicas ou morais. 2 - Sempre que possível, entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir intervalo de tempo que permita ao doente reflectir e aconselhar-se. 3 - O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver grandes riscos ou graves consequências.

acompanhamento médico pré-cirúrgico não deve ser inferior a dois anos. Por outro lado, a cirurgia só é possível após diagnóstico de transexualismo ou disforia de género e de que o interessado não é portador de distúrbios mentais permanentes. Das regras deontológicas expostas fica exposta a natureza da questão da identidade de género – uma doença. A designação empregue "caso clínico adequadamente diagnosticado como transexualismo ou disforia do género" ou a designação impressa na Lei nº 7/2011, de 15 de março, "diagnóstico de perturbação de identidade de género" não deixam margem para dúvidas sobre o entendimento médico desta matéria[15]. De resto, assim tem vindo a ser com base na classificação internacional de doenças (CID). Longe vai o tempo em que a transexualidade era vista como "possessão do diabo", sendo objeto de catalogação como patologia pela Organização Mundial de Saúde. Com efeito, na classificação internacional de doenças (CID), o transtorno de identidade sexual está inserido no capítulo V dedicado aos transtornos mentais e comportamentais (F00-F99) e está arrumado especificamente nos transtornos da personalidade e do comportamento do adulto (F60-F69))[16] [17].

---

[15] Sobre a patologização e despatologização, veja-se Ferrari, Geala Geslaine, Capelari, Rogério Sato. "A despatologização do transtorno de identidade de gênero: uma crítica a patologização e o enaltecimento ao direito a identidade sexual dos indivíduos trans" https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11719/1579, pp. 1-18 [25 julho 2016].

[16] *Classificação Internacional de Doenças* (CID), http://portalcodgdh.min-saude.pt/index.php/Classifica%C3%A7%C3%A3o_Internacional_de_Doen%C3%A7as_(CID) [29 julho 2016]. Ainda, http://portal.arsnorte.min-saude.pt/portal/page/portal/ARSNorte/Conte%C3%BAdos/Sa%C3%BAde%20P%C3%B:Ablica %20Conteudos/CID_10.pdf [29 julho 2016]. Capítulo V: Transtornos mentais e comportamentais (F00-F99) – F60-F69 Transtornos da personalidade e do comportamento do adulto - F60 Transtornos específicos da personalidade - F61 Transtornos mistos da personalidade e outros transtornos da personalidade - F62 Modificações duradouras da personalidade não atribuíveis a lesão ou doença cerebral - F63 Transtornos dos hábitos e dos impulsos - F64 Transtornos da identidade sexual - F65 Transtornos da preferência sexual - F66 Transtornos psicológicos e comportamentais associados ao desenvolvimento sexual e à sua orientação - F68 Outros transtornos da personalidade e do comportamento do adulto - F69 Transtorno da personalidade e do comportamento do adulto, não especificado. E, ainda, http://www.medicinanet.com.br/cid10/1554/f64_transtornos_da_identidade_sexual.htm e também http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo [29 junho 2016].
CID 10 - F64 Transtornos da identidade sexual – CID 10 - F64.0 Transexualismo – CID 10 - F64.1 Travestismo bivalente – CID 10 - F64.2 Transtorno de identidade sexual na infância – CID 10 - F64.8 Outros transtornos da identidade sexual – CID 10 - F64.9 Transtorno não especificado da identidade sexual

[17] Em março de 2015, a Ação pela Identidade (API) dirigiu ao Ministro da Saúde uma missiva no sentido de solicitar esclarecimentos sobre as cirurgias de reatribuição de sexo no Serviço Nacional de Saúde. A situação agravou-se depois da reforma do cirurgião João Décio Ferreira, do Hospital de Santa Maria, em 2011. Nesse ano, a unidade de reconstrução génito-urinária e sexual do Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra (URGUS) passou a realizar as cirurgias das pessoas trans, Ver em http://dezanove.pt/ministro-da-saude-questionado-sobre-a-767941 [15 junho 2016]. A API é uma "organização não-governamental liderada por jovens ativistas e direcionada para a defesa e estudo da diversidade de género e de características sexuais, incluindo a experiência das pessoas trans e intersexo" https://apidentidade.wordpress.com/sobre/ [28 junho 2016]

A correção ou retificação anatómica[18] é acima de tudo uma ferramenta de materialização de um direito fundamental – o direito à identidade pessoal e, mais propriamente, do direito à autodeterminação de género – que congrega a identidade de género e a expressão de género. Esta dimensão tem vindo a ser reclamada pela força política do bloco de esquerda. Em maio de 2016, os deputados deste partido apresentaram um projeto de Lei consagrando o direito à autodeterminação de género, bem como os termos do seu exercício, nomeadamente no que diz respeito à alteração do registo civil, assim como à proteção específica em matéria de acesso à saúde, educação, trabalho e proteção social[19]. É forte a crítica desta força partidária à designada patologização da identidade de género cujo reconhecimento legal atual importa um "diagnóstico de perturbação de identidade de género", como lhe chama o nosso legislador (tantas vezes designado transtorno, desordem, disforia de género). O projeto de lei perspetiva a questão de identidade de género como forma de exteriorização da pluralidade humana não dependente de diagnóstico médico sendo, por isso, eliminada a obrigatoriedade do relatório médico, despatologizando esta questão[20]. Defende que ninguém poderá ser obrigado a submeter-se a qualquer tratamento farmacológico, procedimento médico ou exame psicológico que limite a sua autodeterminação de género. De resto, o Bloco já expressou a sua concordância com a reconfiguração da classificação da Organização Mundial de Saúde, que irá ser publicada no ano de 2017, quanto ao referido diagnóstico médico. Segundo a versão beta do CID-11 deixa de ser colocada nas doenças de saúde mental passando a ser encarada matéria de saúde sexual[21].

[18] Enquanto o género é geralmente definido pelo sexo, e por conseguinte também assim a identidade sexual, situações há em que não existe coincidência entre um e outro. O psicólogo John William Money, em 1969, no seu livro intitulado "Transsexualism and Sex Reassignement" Baltimore: The Johns Hopkins Press, destaca que na formação da identidade sexual há a ponderar o registo subjectivo do género e o registo biológico do sexo. Na transexualidade verifica-se um desacerto entre o género e o sexo. O Autor advoga poder ser corrigido medicamente (hormonal e cirurgicamente), retificando-se a anatomia corporal.

[19] *Projeto de Lei*: http://www.beparlamento.net/reconhece-o-direito-%C3%A0-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-de-g%C3%A9nero [27 junho 2016]. No artigo 2º deste projeto define-se "identidade de género" como sendo "a vivência interna e individual do género, tal como cada pessoa o sente, a qual pode ou não corresponder ao género atribuído à nascença, e que inclui a vivência pessoal do corpo, podendo envolver a modificação da aparência ou das funções do corpo por meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que efetuados de livre vontade, e outras expressões de género, como o nome pelo qual se apresenta aos outros, vestuário, discurso ou gestos" e "expressão de género" pela "manifestação pessoal da identidade de género e/ou aquela que é percebida pelos outros".

[20] No sentido de que a disforia de género não é doença mental ver Matos, Fernando. "Sintomas de disforia de género" http://www.news-medical.net/health/Symptoms-of-Gender-Dysphoria-(Portuguese).aspx [20 agosto 2016].

[21] De outro lado, a mesma força partidária quer consagrar a idade mínima de dezasseis anos de idade para a regularização jurídica da situação em apreço, invocando argumentos como ser essa a idade para a determinação da imputabilidade criminal em razão da idade e para contrair casamento, assim como pretende eliminar qualquer menção ao género no documento de identificação e extinguir os emolumentos para o registo da mudança de nome e de sexo nas conservatórias.

4.3. Não discriminação e outros diplomas legais

Portugal é um dos países que, no presente momento, já dispõe de legislação em vigor que proíbe a discriminação em razão da identidade de género. Referimos a Lei nº 28/2015, de 14 de abril, que veio consagrar a identidade de género no âmbito do direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho, por meio da alteração do artigo 24º do Código, passando a ter a seguinte redação: 1. O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.

Contamos, também, com a Lei nº 27/2008, de 30 de Junho, sobre as condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária que, no artigo 17º-A, estabelece: Após a apresentação do pedido de proteção e antes da decisão prevista nos artigos 20.º e 24.º, deve ser avaliada a necessidade de promoção de garantias processuais especiais para os requerentes cuja capacidade de exercer direitos e cumprir obrigações se encontre limitada por força das circunstâncias pessoais, designadamente em virtude da sua idade, sexo, identidade sexual, orientação sexual, deficiência ou doença grave, perturbação mental, por terem sido vítimas de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual.

Os artigos 7º e 10º, correspondendo respetivamente aos direitos e deveres do aluno, da Lei nº 51/2012, de 5 de setembro – que aprova o estatuto do aluno e ética escolar – incluem a identidade de género como elemento de tratamento e respeito e de não discriminação da comunidade escolar. Por sua vez, a Lei nº 19/2013, de 14 de abril, acrescentou a identidade de género à circunstância qualificativa da alínea f) do nº 2 do artigo 132º do Código Penal (que prevê e pune o crime de homicídio qualificado). É punível com pena de prisão de 12 a 25 anos quem matar outrem revelando especial censurabilidade ou perversidade, nomeadamente, sendo determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima. No Título III – Dos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal – o Código Penal prevê, no artigo 240º o crime de discriminação racial, religiosa ou sexual em que a identidade de género é elemento constitutivo, punível, consoante as

circunstâncias, com pena de prisão de um a oito anos ou de seis meses a cinco anos[22].

Conclusão

A mudança de sexo é uma questão de identidade pessoal e o direito à identidade pessoal e de expressão sexual é um direito constitucional. A lei portuguesa nº 7/2011, de 15 de março, criou o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e possibilita este procedimento em sede exclusiva do registo civil, não carecendo de tramitação de um processo judicial. A correção ou retificação anatómica é acima de tudo uma ferramenta de materialização de um direito fundamental – o direito à identidade pessoal e, mais propriamente, do direito à autodeterminação de género – que agrega a identidade de género e a expressão de género. A necessidade da existência de um "relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género" conduz a uma patologização deste estado que em nada favorece o entendimento da disforia em causa. Decorridos dez anos sobre a prática de crimes de grande violência sobre transexuais, a sociedade mantém o preconceito e a transexualidade – tão pouco visível e com diminuta força de reclamação e reivindicação por via da reduzida incidência populacional e consequente escassa tradução ao nível eleitoral – continua a ser um assunto de segunda linha na ordem das preocupações da sociedade e do poder legislativo. Nos últimos tempos, Portugal foi dando alguns passos no sentido de colocar a questão de identidade de género nos diplomas legislativos enquanto elemento a ter em conta como fator de não discriminação. O direito à identidade pessoal e à expressão sexual implica ser, estar, viver o que realmente se é, independentemente da forma corporal herdada geneticamente. E todos têm o direito de dizer "eu sou assim", independentemente de ser o aparente homem ou a figurada mulher em representação do sexo morfológico. Cabe-nos termos a despretensiosa atitude de admitir que assim é, até porque somos iguais na diferença e há um direito que é universal – o direito a ser-se feliz.

Bibliografia

- Canotilho, J.J. Gomes, Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- Classificação Internacional de Doenças (CID), http://portalcodgdh.min-saude.pt/index.php/Classifica%C3%A7%C3%A3o_Internacional_de_Doen%C3%A7as_(CID) [29 julho 2016]
- Código Penal Português. s.a. Coimbra: Almedina, 2015

[22] O Código Penal contém a palavra "género" 5 vezes, uma no artigo 132º (homicídio qualificado) e quatro no artigo 240º (crime de discriminação racial, religiosa ou sexual) e a palavra ódio 2 vezes, uma no referido artigo 132º e outra no aludido artigo 240º.

- Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa (África do Sul, Durban, 31 de Agosto/8 de Setembro de 2001) http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Racismo.pdf [03 julho 2016]
- Dicionário da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico. Porto: Porto Editora, 2003-2016. http://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/transfobia [18 agosto 2016]
- Ferrari, Geala Geslaine, Capelari, Rogério Sato. "A despatologização do transtorno de identidade de gênero: uma crítica a patologização e o enaltecimento ao direito a identidade sexual dos indivíduos trans" https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11719/1579, pp. 1-18 [25 julho 2016]
- Listagem de clínicos habilitados a assinar relatórios http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-de-clinicos/downloadFile/file/Lista_profissionais_habilitados_assinar_relatorios.pdf?nocache=1436274751.05 [30 julho 2016]
- Marques, João Gama, Vieira, Fernando, Gonçalves, Marco, Santos, Jorge Costa "Transexualidade: Aspectos Psiquiátricos e Médico-Legais" http://www.academia.edu/3061841/Transexualidade_Aspectos_Psiqui%C3%A1tricos_e_M%C3%A9dico-Legais, pp. 121-130 [21 agosto 2016]
- Matos, Fernando. "Sintomas de disforia de género" http://www.news-medical.net/health/Symptoms-of-Gender-Dysphoria-(Portuguese).aspx [20agosto 2016]
- Organização não-governamental Ação pela Identidade https://apidentidade.wordpress.com/sobre/ [28 junho 2016]
- Princípios de Yogyakarta - Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero – Indonésia, Yogyakarta, 06 e 09 de novembro de 2006, Tradução para o português: Jones de Freitas, Apoio para versão em português: Observatório de Sexualidade e Política (Sexuality Policy Watch), Julho de 2007 http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf [05 julho 2016]
- Projeto de Lei do Bloco de Esquerda: http://www.beparlamento.net/reconhece-o-direito-%C3%A0-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-de-g%C3%A9nero [27 junho 2016]
- Registo civil-lista de clínicos http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-atualizada-de/ [30 julho 2016]
- Resolução do Parlamento Europeu, de 04 de fevereiro de 2014, sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de género (2013/2183(INI))

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+XML+V0//PT [15 agosto]

Da liberdade de exercício do direito humano de acesso à justiça à responsabilidade pelo abuso do direito de ação

Francisco Arthur de Siqueira Muniz[1]

Resumo: Investiga-se um dos grandes desafios do sistema jurídico no século XXI: a limitação do acesso abusivo à justiça. Instaura-se o debate sobre a teleonomologia do direito humano de acesso à justiça e os mecanismos aptos a responsabilizar aqueles que, através do seu exercício abusivo, causam danos a terceiros. Busca-se, então, responder: Quais as características e finalidades do direito humano de acesso à justiça? O direito de ação contido neste direito humano pode ser exercitado de forma abusiva? Em que medida a responsabilidade civil pelo exercício abusivo do direito de ação é relevante para assegurar a realização do próprio direito de acesso à justiça e dos demais direitos humanos? Conclui-se que o sentido último do direito está na reafirmação da pessoalidade e na ideia de dignidade humana que dela se extrai, na qual os conceitos de liberdade de exercício de um direito e responsabilidade pelo seu abuso estão intrinsecamente ligados. Em segundo lugar, delimitar a teleonomologia do direito humano de acesso à justiça é imprescindível para se compreender quando o exercício do direito de ação pode ser considerado abusivo. Por fim, faz-se mister realçar o papel central da responsabilidade civil como mecanismo de proteção e reafirmação dos direitos humanos.

Palavras-chave: direitos humanos; acesso à justiça; responsabilidade civil; direito de ação; abuso do direito.

Abstract: This work investigates one of the great challenges of the legal system in the XXI century: the limitation of abusive access to justice. the debate is established on the teleonomology of the human right of access to justice and the mechanisms able to charge those who, through their abusive exercise, cause damages to third parties. What are the characteristics and purposes of the human right to access to justice? The

[1] Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPE, Pós-Graduado em Direito Marítimo e Portuário pela UNINASSAU, advogado inscrito na Ordem dos Advogados Portugueses e na Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: fasiqueira.muniz@gmail.com

right to sue contained in this human right can be exercised abusively? To what extent the liability for the abusive exercise of the right to sue is important to ensure the realization of the right of access to justice and other human rights? It is concluded that the ultimate meaning of the right is the reassurance of personhood and the idea of human dignity which it is connected, in which the concepts of freedom exercise of a right and responsibility for their abuse are intrinsically linked. Second, delimit the teleonomology of the human right of access to justice is essential to understand when the right of action may be considered abusive. Finally, it's highlighted the central role of civil responsibility as a protection mechanism and reaffirmation of human rights.

Keywords: Human Rights; Acess to Justice; Civil Liability; Right to Sue; Abuse of Rights.

INTRODUÇÃO: da afirmação do direito fundamental de acesso à justiça à limitação do exercício abusivo do direito de ação

Dentre os grandes desafios dos sistemas jurídicos contemporâneos, no contexto da consolidação dos direitos humanos no Século XX, em especial da salvaguarda de acesso ao direito e aos tribunais, um deles será objeto deste trabalho: o de garantir a liberdade das pessoas no exercício do direito humano de acesso à justiça[2] e, ao mesmo tempo, quando concretizado o seu uso livre, possibilitar o justo ressarcimento dos danos causados aos lesados no âmbito da utilização abusiva do direito de ação[3].

É cediço que os direitos fundamentais[4] demandam a existência de uma garantia secundária, a acionabilidade em juízo, do contrário seriam "*tourt court*" um conjunto de direitos inexistentes[5] e, nesse sentido, diversas normas de direitos humanos em diplomas supranacionais buscaram afirmar o direito de acesso aos

[2] Acesso à justiça compreendido como a síntese da garantia de acesso aos tribunais e ao direito. Nesse sentido: DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 19

[3] Enquanto o direito subjetivo, público e abstrato de aceder aos tribunais configura o direito à jurisdição, o direito de ação afere-se concretamente a partir de uma pretensão apresentada em juízo, cf.: PEREIRA, Diogo Felipe Gil Castanheira. *Interesse processual na acção declarativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 60-61

[4] Compreendido como os direitos humanos limitados em determinado espaço-tempo e garantidos jurídico-institucionalmente, cf., CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393

[5] FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*, Roma: Laterza, 2001, p. 12

tribunais e o conjunto de garantias mínimas no exercício desta faculdade. Destaca-se neste grupo normativo a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), cujos preceitos conformam a integração e interpretação dos direitos fundamentais no direito positivo português, em decorrência do art. 16º, nº 2, da Constituição. O sistema de normas internas e supranacionais que regulam a temática em comento resultam, pois, na construção dos chamados "direitos processuais fundamentais"[6], dentre os quais possui papel central o direito de acesso à justiça.

A consolidação dos direitos processuais fundamentais se deu concomitantemente a um crescente aumento no volume de litigância, fenômeno que abrange países com distintos níveis de desenvolvimento e que muitas vezes se veem igualmente assolados com a utilização desmedida do sistema judicial, a exemplo de Portugal e França[7]. Neste cenário contemporâneo, caracterizado por sociedades cuja população está mais consciente dos direitos de que dispõe e nas quais os tribunais judiciais são vistos como a principal (e praticamente exclusiva) forma de se alcançar justiça[8], surgem os "litigantes frívolos" [9], a aforar ações inúteis e ações que, ainda que possuam utilidade para o autor, extrapolam os limites da litigância responsável por descurar a teleonomologia[10] do direito de ação e provocar consequências ilícitas.

---

[6] A expressão colhida em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 446

[7] PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 156

[8] Por evidente, não se descura da existência de particularidades e tendências que fogem a esta regra geral. Nos EUA, por exemplo, apesar do elevado número de litigância em números proporcionais e absolutos, a limitação do acesso à justiça no que tange a um largo espectro de direitos é um fenômeno que provocou, *v. g.*, a diminuição do número de ações coletivas relativas a direitos civis (como casos de discriminação relacionadas a vínculos trabalhistas) em mais de 95%, cf.: STASZAK, Sarah. *No day in court: acess to justice and the politics of judicial retrenchment*, New York: Oxford University Press, 2015, p. 18. A mesma *Scholar* da Universidade de Harvard (p. 8-9) afirma que um conjunto de fatores levaram à limitação do acesso à justiça: o desenvolvimento e proliferação de práticas de soluções alternativas de litígios, mudanças nas regras processuais sobre as ações coletivas e sobre julgamentos sumários e acordos, o crescimento das agências estatais de regulação, esforços para proteger grupos de indivíduos ou atores governamentais de serem processados (imunidades qualificadas), o uso da 11ª Emenda para proteger Estados de serem processados na suas próprias cortes, a limitação dos remédios legais que incentivam a busca por um procedimento judicial, diminuição de honorários sucumbenciais, danos punitivos, e tentativas de limitar a jurisdição das cortes para ouvir determinadas demandas ou estabelecer novos remédios nos termos da lei, entre outras medidas.

[9] "A *litigância frívola* pode ser definida como a litigância com baixa probabilidade de êxito provocada pelo queixoso. Este, qual *improbus litigator*, decide levar a questão a Tribunal mesmo apercebendo-se de que o valor que irá obter é inferior aos custos que terá que suportar (supondo-se, naturalmente, que esses custos não são em tal montante que até um *litigante legítimo* se veja nesta situação...).", cf.: PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 63

[10] Expressão trabalhada por Fernando José Bronze e descrita como "um teleologismo de fins e de valores", conforme síntese de LINHARES em: LINHARES, José Manuel Aroso. "Juízo ou decisão? Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do discurso jurídico contemporâneo", In: BRONZE, Fernando José; LINHARES, José Manuel Aroso; MARQUES, Mário Alberto Reis; GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões (coords.). *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito,* Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, p. 233.

Entende-se aqui, destarte, que o Século XXI apresenta uma viragem na compreensão dos objetivos, finalidades e futuro do sistema judicial: assentada a sua importância e necessidade de universalização do acesso à justiça de forma igualitária e efetiva no Século XX, parte-se agora para a consolidação de meios de coibir os excessos no exercício do direito à jurisdição, impedir a litigância frívola e a proliferação de demandas que destoem da teleonomologia do processo civil, bem como convocar instrumentos do direito civil e do direito processual civil para coibir ilícitos e ressarcir os danos que possam ter sido gerados a partir do exercício abusivo do direito de ação. No cenário contemporâneo, o tema adquire ainda maior relevância, dada a facilidade com que informações processuais são obtidas e difundidas nos meios de comunicação, cada vez mais velozes e capilarizados com a profusão de mídias sociais, e podem gerar prejuízos aos bens jurídicos dos envolvidos[11]. A instrumentalização do processo para atingir fins distintos de seu sentido ou que olvida ditames de conduta basilares no exercício de um direito passa a ser cada vez mais frequente, por exemplo, na consubstanciação de medidas anticompetitivas ilícitas e que o direito norte americano denomina de *Sham Litigation*[12], ou dos *grudge suits*[13].

Na tentativa de delinear os limites das condutas enquadradas no âmbito de proteção do direito de ação[14], inúmeras respostas distintas foram apresentadas em momentos históricos e quadrantes jurídicos diversos. Não obstante as inúmeras diferenças que podem ser observadas, parece ser senso comum que, à semelhança de qualquer outro direito subjetivo, o direito de ação possui limites em seu exercício, cuja transposição leva o sujeito ao terreno da ilicitude[15]. Frise-se que não se confunde

[11] Exemplifique-se a situação em tela a partir do quase instantâneo efeito que pode acarretar, *v. g.*, ao patrimônio e ao nome de uma empresa com ações na bolsa e que se vê processada por uma demanda vultosa e cujo pleito recebe ampla cobertura da mídia, mas que, posteriormente, se mostrava infundado o direito do autor.

[12] Tratam-se de processos destinados tão somente a prejudicar ou eliminar um competidor, ao invés de reclamar um legitimo direito, cf. sintetiza BALMER, Thomas A. “Sham litigation and the antitrust laws”, in: Buffalo Law Review, vol. 29, n.1, 1980, p. 40

[13] Quando apenas a publicidade negativa inflingida no pseudo-infrator já satifaz o autor da ação, ainda que não obtenha benefício econômico que justifique a propositura da lide judiciail, cf.: PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 68

[14] “A conduta no âmbito de protecção de um direito fundamental pode ser designada como uso do direito fundamental ou como exercício do direito fundamental. Quando aqui se fala em conduta no âmbito de protecção dos direitos fundamentais, pretendemos que isso seja entendido no sentido mais amplo possível. O que se tem em mente não é apenas a actuação (a chamada liberdade positiva), mas também a omissão (a chamada liberdade negativa; (...)) e, em certas circunstâncias, o simples encontar-se.”, cf.: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais – Direito Estadual II*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 62-63

[15] Por todos, vide: ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 67

a delimitação dos limites e formas de concretizar o exercício legítimo do direito de acesso à justiça com a estipulação de um dever de não propor ações ou de não sucumbir após a propositura de uma demanda perante os tribunais: é da definição das possibilidades e dos pressupostos para a responsabilidade por ilícitos perpetrados mediante o exercício do direito de ação de que se trata.

No contexto acima delineado, a circunscrição da problemática em tela na presente investigação pode ser sintetizada nas seguintes indagações: Quais as características e finalidades do direito humano de acesso à justiça? O direito de ação contido neste direito humano pode ser excercitado de forma abusiva? Em que medida a imputação de responsabilidade civil pelo exercício abusivo do direito de ação é relevante para assegurar a realização do próprio direito humano de acesso à justiça e dos demais direitos humanos?

Na tratativa do problema, não se pode descurar de uma abordagem multidisciplinar dos direitos humanos, aqui guiada por uma análise cuja opção metodológica foi a utilização de referências meramente explicativas[16] no tocante aos problemas e mecanismos de direito positivo que envolvem a temática abordada (até mesmo por melhor se adequar aos limites materiais e espaciais desta investigação). Trata-se, pois, de delimitar, no contexto do ordenamento jurídico português, o âmbito de proteção do direito humano de ação e os pressupostos de um adequado exercício deste direito, e também buscar os fundamentos e finalidade da responsabilidade civil (em especial, por abuso do direito de ação). Evidenciar-se-á, assim, o entrelaçamento inolvidável entre a liberdade de exercício do direito de ação e a responsabilidade civil por abuso de direito, em decorrência da existência de um substrato comum a ambos: ao sentido de salvaguarda da pessoa humana e da sua intrínseca dignidade.

DISCUSSÃO E APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS: a definição do sistema de responsabilidade por ilícitos decorrentes da atividade processual

Deve-se, pois, partir da compreensão do sentido dos institutos ora investigados, a iniciar-se pelo direito de ação efetivado a partir do direito de acesso à justiça, para, posteriormente, cotejá-lo com o sentido da responsabilidade civil que possa a ele ser vinculado, em decorrência do exercício ilegítimo do direito de propor uma demanda

[16] Método adotado entre outros, por: SOUSA, Miguel Teixeira de. "Aspectos metodológicos e didácticos do direito processual civil", in: *RFDUL,* Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 366; DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 27-28

em juízo. Distinguir, na esteira do pensamento de Hannah Arendt e do pensamento capitaneado por Castanheira Neves, entre o objetivo, ou seja, a serventia que é dada a determinado instituto jurídico ("para que" serve), e o seu sentido, aquele que atribui significância dignificante a algo ("em nome de quê"), possui a importância de demarcar os pressupostos ético-axiológicos de um dado instituto jurídico e evitar que ele seja atirado em uma cadeia de utilidades desprovida de um princípio último[17], apartado da intencionalidade que o enforma e que lhe apresenta um sentido do direito enquanto direito[18].

À partida, impõe-se perceber, portanto, que o exercício legítimo do direito de ação, que se extrai do direito humano de acesso à justiça, encontra-se norteado pela finalidade e sentido do processo, pelos valores fundamentais do sistema jurídico e, tal qual a fisionomia regular de um direito, não deixa de configurar um poder correlacionado a diversos deveres jurídicos[19]. Trata-se de direito fundamental intimamente ligado à proteção do sentido do direito enquanto direito, à tutela da pessoa humana e de toda a carga axiológica a ela conferida, bem como à garantia da efetividade dos direitos de que dispõem, pois é o recurso ao Poder Judiciário, em um cenário de vedação da auto-tutela, que poderá resguardá-los[20]: indissociáveis, pois, o direito de acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana. O exercício concreto do

[17] Acerca dos problemas de um paradigma utilitarista de compreensão dos meios e fins das ações humanas desprovidos de um princípio justificante: ARENDT, Hannah. *The human condition,* Chicago: University of Chicago Press, 1998, p. 153-154

[18] Acerca da perquirição do sentido do direito, colhem-se as lições de Pinto Bronze, a partir do pensamento de Castanheira Neves, que, assim como Hannah Arendt, também atribui à concepção de sentido um viés axiológico: "...sentido é diferente da mera descrição de um fenómeno porque o sentido tem imediatamente a ver com o homem, toca-o interpelantemente, impondo-lhe a assunção de um compromisso com os outros e com as coisas. (…) um sentido não é susceptível de ser considerado empírico-analiticamente (não pode descrever-se na sua mera objectividade), pois só se compreende prático-intencionalmente... " (BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao Direito,* Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 149) e continua adiante: "uma ordem de direito não é apenas uma ordem com a estrutura, as funções, as notas caracterizadoras e os efeitos que analisámos. Tem também um sentido que importa compreender. E um sentido, já o sabemos, só pode ser compreendido num universo significante. De modo que a pergunta para nós circunstancialmente decisiva deve formular-se assim: o que é que, no universo de valores por mediação dos quais nos compreendemos uns aos outros como sujeitos éticos, é então o direito?" (BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 153). É, pois, o sentido do direito, denominado por Castanheira Neves de "princípio normativo", lastreado em sua axiológica validade fundamentante (BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 463). Nas palavras do próprio C. Neves: "o primeiro sentido da ideia de direito é, certamente, o do respeito incondicional da pessoa humana (...) ser pessoa é ser sujeito de direito e o direito só pode sê-lo de pessoas*."* (NEVES, A. Castanheira. "O papel do jurista no nosso tempo", in: *Digesta,* Vol. 1º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 40).

[19] VARELA, João de Matos Antunes, "O direito de acção e sua natureza jurídica", in: *RLJ*, ano 125, p. 317

[20] DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 87

direito de acesso à justiça, consubstanciado no deduzir de uma pretensão ou opor-se a outra no âmbito de um processo judicial a partir do direito de ação, objetiva tutelar situações jurídicas acerca das quais paira um estado de dúvida, normalmente em decorrência de uma pretensão resistida de uma contraparte[21], razão pela qual se solicita uma providência estatal para a resolução da controvérsia e atribuição de uma determinada tutela.

Há de se ter em conta, por conseguinte, que existem limites funcionais e extrínsecos ao direito de ação, de modo que o manejo do processo legalmente previsto e regulado não é suficiente para considerá-lo legítimo[22]: deve-se observar não somente a adequação dos requisitos processuais, mas também o objetivo da ação e o sentido do direito processual civil. Não se coaduna, destarte, com o exercício adequado do direito de ação a utilização do processo como um instrumento para a provocação de danos não abrangidos pela esfera da justa decisão que dele decorra ou para fins diversos daqueles que lhe fornecem o seu sentido. Mesmo quando a demanda é exercida a partir do meio processual adequado e se mostra necessária a tutela jurídica dos direitos do autor, o seu desmembramento por múltiplas ações[23], ao invés de sua propositura em um único processo (ou no menor número possível), poderia configurar um desvirtuamento dos fins do processo ou do dever de mitigar a perda da contraparte[24], para além dos ônus já inerentes à sujeição à ação (incômodo e angústias naturais da situação de se encontrar inserido em um litígio judicial, contratação de advogados, presença em audiências, possibilidade de arcar com os ônus sucumbenciais...), de modo a configurar um propósitivo meramente emulatório na pulverização da demanda por várias ações[25]. Não é por ser extraído de norma de

[21] SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 22-23

[22] SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 555. Conforme leciona Varela (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2015, p. 544), "O exercício do direito em termos reprovados pela lei, ou seja, respeitando a *estrutura formal* do direito, mas violando a sua *afectação substancial*, funcional ou teleológica, é considerado como ilegítimo."

[23] Problema levantado também por SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 618

[24] Acerca da incidência do *topos "duty do mitigate the loss"* no processo civil, enriquecido com apresentação de estudo de caso, vide: DIDIER, JR., Fredie. "Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil", in: *Revista de Processo,* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 171, maio 2009, p. 35-48. Também a reiterar a inadmissibilidade de se provocar danos evitáveis a outrem ou além do estritamente necessário para legitimamente exercer seu direito em (e através do) juízo: ALBUQUERQUE, Pedro de*. Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 133

[25] A possibilidade de configuração de ilicitude decorrente de "atuações processuais complexas", ou seja, quando um conjunto de ações individualmente legítimas constituem um ilícito se analisadas

direito fundamental que o exercício do direito de ação não estará limitado à proibição do abuso de direito: violar a confiança ou buscar vantagens mínimas mediante provocação de danos exacerbados configuram hipóteses de abuso do direito de ação judicial[26].

Delineadas as finalidades do direito de ação, ou seja, o seu sentido, bem como as características do seu exercício legítimo, e demonstrado que o referido direito fundamental pode ser excercitado de forma abusiva, passa-se a discorrer acerca do terceiro questionamento que guia a presente investigação: em que medida a imputação de responsabilidade civil pelo exercício abusivo do direito de ação é relevante para assegurar a realização do próprio direito humano de acesso à justiça e dos demais direitos humanos?

O exercício patológico do direito de ação sempre implicou a incidência de normas repressoras e sancionadoras no direito português, inicialmente restritas às condutas dolosas ou maliciosas e atualmente desencadeadas também por condutas negligentes[27]. Ainda que se verifiquem dissensos quanto ao alcance, aos critérios e normas de incidência aptas a sancionar os ilícitos oriundos da atuação processual, conforme denota o cotejo do entendimento de Paula Costa e Silva[28] com o

---

holísticamente, também é analisada em: CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 202

[26] CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 145

[27] SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 289

[28] Para Paula Costa e Silva (*A litigância de má fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 552), cuja obra foi escrita posteriormente aos trabalhos de Cordeiro e Albuquerque sintetizados nas notas subsequentes, a litigância de má-fé configura um tipo especial de ilícito, uma vez que ambos tutelariam bens jurídicos idênticos e perseguiriam finalidades iguais: a norma o art. 542º CPC (antigo art. 456º no CPC de 1961) encontrar-se-ia em uma relação de especialidade em relação ao art. 483/1 CC, e os ilícitos absorvidos pela norma processual em questão receberiam uma valoração diversa daquela prevista no Código Civil para os fatos jurídicos em geral. O fato de a indenização imposta pelo dispositivo processual civil do art. 542º ser arbitrada não atribuiria a ela o caráter de pena, mas "um meio de eliminação, dentro da medida do possível, dos danos provocados na esfera da parte processual lesada" (p. 543). Tratar-se-ia, no entender da autora, de limitações válidas e razoáveis da repressão dos ilícitos às hipóteses de condutas processuais realizadas com dolo ou culpa grave, e que não violaria o âmbito de proteção efetiva dos bens jurídicos violados pela atuação processual ilícita (p. 546), que estariam justificados pela natureza do ato lesivo ser uma conduta processual (p. 524). A existência de hipóteses especiais em que todas as modalidades de culpa são sancionadas (*v. g.,* atual art. 374º CPC) justificar-se-ia pela especial periculosidade que estaria subjacente às regras violadas, de modo que, ao sancionar apenas a conduta dolosa, o art. 22º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) seria o único dispositivo a fugir desta lógica (p. 512). Ao centralizar os ilícitos decorrentes de condutas oriundas de uma relação processual nas normas processuais civis, a autora afasta, outrossim, a aplicação *per si* da cláusula geral do abuso de direito do Código Civil e afirma ser o interesse processual o instrumento escolhido pelo processo civil para reprimir o abuso do direito de ação (p. 645).

pensamento de Pedro de Albuquerque[29] e Menezes Cordeiro[30], compreendemos que, no ordenamento vigente, ao conjunto de normas que definem e sancionam as hipóteses de litigância de má-fé, bem como aos critérios para a configuração do abuso do direito de ação e as múltiplas possíveis consequências dela decorrentes[31], somam-se as hipóteses em que o direito de ação implica a incidência das normas gerais de responsabilidade civil, denominadas por Menezes Cordeiro de responsabilidade pela ação ou *culpa in agendo*[32].

A posição que adotamos decorre da compreensão aqui assumida acerca do sentido último da responsabilidade civil. É na reafirmação da pessoalidade, na consideração de que responsabilizar alguém significa considerá-lo como pessoa, e

[29] ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra: Almedina, 2006. Para o autor, há que se distinguir a tutela do interesse público de respeito ao processo, aos tribunais e à justiça, que é realizada pelo sistema da litigância de má-fé (p. 55), do acautelamento de posições privadas que seriam resguardadas pela vedação ao abuso de direito e pelas regras gerais da responsabilidade civil (p. 59). A indenização prevista pelo dispositivo processual que sanciona a má-fé, ao estabelecer uma maior discricionariedade de o magistrado optar pela indenização que julga adequada à conduta do litigante (e não na situação do lesado), estaria sujeita a regras distintas da indenização resultante dos arts. 562º e seguintes do CC (p. 54). A finalidade da indenização por litigância de má-fé, arbitrada pelo julgador, seria meriamente sancionatória da conduta do litigante e, quando muito, compensatória, mas não ressarcitória, pois não se mede pela extensão do dano sofrido pelo lesado, como sói ocorrer na regra geral do CC em matéria de responsabilidade civil (p. 55). Não há, outrossim, para Albuquerque, uma vedação nas normas processuais à aplicação do art. 483º do Código Civil (p. 102) e a tutela jurídica das lesões culposas decorrentes de uma atividade processual impor-se-ia, inclusive, por força do próprio direito de ação, contrariaria a garantia fundamental de acesso aos tribunais e o direito à tutela constitucional dos bens jurídicos fundamentais agredidos (p. 121).

[30] CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*, Coimbra: Almedina, 2014. Para o autor, Limitar a responsabilidade às condutas em que se prove dolo ou culpa grosseira não seria uma "graduação", mas sim uma restrição qualitativa da tutela civil dos bens jurídicos (p. 62), mormente por centrar-se na apreciação do comportamento do agente lesante, o que traz dificuldades probatórias e no plano da realização judicativo-decisória (p. 67). Em nova edição posterior ao lançamento da obra de Paula Costa e Silva, pontua Cordeiro (p. 72) que aquela autora, ao criticar seu posicionamento (em muito consonante com o de Pedro de Albuquerque, conforme ressalta na p. 43), considerou apenas alguns dos argumentos de Albuquerque e evitou aqueles apresentados na obra em comento. Cordeiro rebate (p. 72-73) também o argumento de que a natureza das indenizações conferidas pelo art. 543º/1, *b*), CPC seria idêntica àquela conferida pelo art. 483º CC e que esse entendimento poderia ser extraído do acórdão de 10-jul-2007 do STJ, ao analisar minuciosamente o aresto e concluir que a indenização ali atribuída em nada se assemelharia aos preceitos do art. 483/º1 CC, dado o ínfimo valor que não satisfaria qualquer cunho compensatório plausível ou de repressão eficaz. O autor conclui (p. 74) que a litigância de má-fé não é suficiente para lidar com os ilícitos perpetrados pela via processual, dado o cariz restrito de suas hipóteses e requisitos de incidência, de modo que reconduzir ao instituto processual a responsabilidade civil geral seria neutralizar este instrumento, em um claro desserviço à tutela da pessoa e do processo.

[31] Que podem variar entre a supressão do direito, a cessação do concreto exercício abusivo com a manutenção do direito, o dever de restituição ou de indenizar, este último quando preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil, cf. CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 133-134

[32] CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 150. O autor (p. 200) assevera que estas hipóteses de *culpa in agendo* estão geralmente ligadas às situações em que o ilícito perpetrado a partir do processo emanem efeitos para além dos autos onde se verifique o problema.

não como objeto[33]. Parte-se do princípio de que todos devemos respeito[34] aos semelhantes e que esta igualdade de tratamento vincula a compreensão de liberdade, a qual apenas verdadeiramente se manifesta quando conectada à eticidade da pessoa, apartada de uma noção de vontade puramente arbitrária[35]. Os conceitos de liberdade e responsabilidade estão, pois, intrinsecamente ligados à configuração da dignidade da pessoa humana[36] e à teleonomologia da responsabilidade civil[37], instituto este que busca evitar que os desígnios de uma pessoa sejam realizados às custas do sacrifício injustificado de outrem[38]. Não se há de falar, pois, em liberdade de exercício de direito de ação sem a correlata responsabilidade por todos danos que podem ser causados em decorrência do manejo de direitos processuais, sejam culposas ou dolosas as condutas: dissociar a intima relação entre a responsabilidade e a liberdade implicaria macular o substrato comum ao sentido que norteia a responsabilidade civil e o direito fundamental de acesso à justiça, que é resguardar a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes.

Na esteira do pensamento de Albuquerque e Cordeiro já referenciados, não vislumbramos, portanto, na indenização prevista no art. 542º CPC uma natureza semelhante àquela prevista no Código Civil para indenização decorrente da responsabilidade civil por atos ilícitos. O dispositivo que regra a indenização decorrente da litigância de má-fé não se preocupa com o princípio da *restitutio in integrum*, orienta o julgador a arbitrar indenização a partir de critério distinto da dimensão do dano (a análise da indenização no contexto do dispositivo da litigância

---

[33] BARBOSA, Mafalda Miranda. *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva,* Lisboa: Principia Editora, 2014, p. 57

[34] "qualquer requisito de procedência de uma pretensão indenizatória há de ser informado pela intencionalidade específica da juridicidade, pelo que não fará sentido olhar para o resultado na sua pureza. Há de, portanto, valorar-se o resultado perspectivando-o como efeito da preterição de um dever de respeito diante do nosso semelhante",cf. leciona BARBOSA, Mafalda Miranda. *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva.* Lisboa: Principia Editora, 2014, p. 73

[35] BARBOSA, Mafalda Miranda. *Responsabilidade civil: novas perspectivas em matéria de causalidade*, Lisboa: Principia Editora, 2014, p. 31-32

[36] De acordo com PRAGA, Milagros Otero. "La libertad. Uma cuestion de axiologia jurídica", in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXV. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 179, "*El individuo debe ser libre porque el respeto a su dignidad así lo exige*."

[37] "encontrada na ideia de pessoalidade a matriz ética em que radica o sentido do direito, e estruturando-se aquela numa dialéctica entre liberdade e responsabilidade, à responsabilidade civil não pode deixar de ser reconhecida uma intencionalidade última que seja diretamente comunicada pelo princípio normativo do direito enquanto direito*.",* cf. alude BARBOSA, Mafalda Miranda. "Reflexões em torno da responsabilidade civil – teleologia e teleonomologia em debate", in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Vol. 81, 2005, p. 558)

[38] NEVES, A. Castanheira. "Pessoa, direito e responsabilidade", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 6, jan./mar. 1996, p. 42

de má-fé se dá a partir da conduta do lesante) e limita a possibilidade de indenizar apenas os prejuízos decorrentes de dolo ou culpa grave, o que chancelaria comportamentos ilícitos culposos simplesmente porque o instrumento para a realização do dano foi o processo. Ainda que seja possível a limitação razoável do âmbito de proteção de um bem jurídico, considerar que direitos fundamentais como a propriedade e os direitos de personalidade poderiam estar passíveis de violação, e o agente não seria responsabilizado simplesmente porque o dano foi oriundo de uma relação processual e a conduta não foi comprovadamente dolosa ou gravamente negligente, é, a nosso ver, uma restrição arbitrária ao exercício de direitos sem qualquer norma expressa neste sentido (visto que não há qualquer norma que impeça a aplicação das normas gerais de responsabilidade civil prevstas no CC) e uma chancela desproporcional para condutas indesejadas, que apenas vão de encontro com o sentido do processo civil e da garantia dos direitos fundamentais.

Por vezes, a jurisprudência confunde má fé com abuso de direito, ou os aproxima com claras zonas de sobreposição[39], "ou mesmo litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil"[40]. É inconteste, todavia, a compreensão da necessidade de reprimir os comportamentos que, a partir do exercício concreto do direito fundamental processual de acesso à justiça, afastam-se da teleonomologia do direito de ação, configurem ilícitos ou causem danos, uma vez que não se coaduna com a pretensão de respeito que é inerente à construção do sentido do direito enquanto direito afastar a responsabilidade pelo uso indevido de uma garantia fundamental da pessoa, simplesmente porque o dano ocorreu a partir do exercício de um outro direito fundamental. Da mesma forma que a liberdade em exercer o direito de ação não pode ser aprioristicamente tolhida, mas apenas concreta e posteriormente verificada a legitimidade do exercício deste direito, a sujeição à responsabilidade pelos danos decorrentes da conduta processual que consubstancie um ato ilícito configura consequência inafastável da referida liberdade, justamente

[39] ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 80
[40] ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 81

como uma garantia de proteção[41] deste mesmo direito e dos fundamentos que emanam do respeito à pessoa humana[42].

CONCLUSÕES: o vínculo entre a responsabilidade civil e o direito de ação a partir de um substrato teleonomológico comum

Há muito se vai o tempo em que prevalecia o pensamento de que o nível adjetivo representaria um mero instrumento formal dissociado dos valores fundamentais do sistema jurídico. Nesse sentido, o direito humano de acesso à justiça, na sua concreta realização a partir do exercício do direito de ação, possui um âmbito de proteção permeado por uma intencionalidade normativa[43] que, em última instância, encontra fundamento no conceito de dignidade da pessoa humana. A estreita ligação entre a liberdade de manejo da via processual judicial e a responsabilidade civil pela *culpa in agendo* (e as correlatas vedações à litigância de má-fé e ao abuso de direito), forma de garantia do próprio direito de ação, não permite a limitação dos critérios e hipóteses de indenizabilidade àqueles expostos na legislação processual civil (cujo tipo central encontra-se no art. 542º CPC), dada a distinta finalidade e critérios de imputação de responsabilidade, quando comparados com a regra geral do Código Civil.

Evidentemente, a posição ora defendida arrima-se em critérios que não deixam de ser também ideológicos[44], cuja validade depende da sua conformação com a referida intencionalidade normativa do sistema jurídico historicamente constituída[45] e,

---

[41] "a sanção das violações de direitos ou de bens jurídicos através de um dever de indemnização constitui uma espécie, e porventura a mais eficaz de todas, da protecção de bens jurídicos, tendo de se reconhecer que entre as funções que o conceito desempenha nos dois complexos de regulamentação existe um nexo muito íntimo.", cf.: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, p. 304

[42] ASCENSÃO, José de Oliveira. "O 'fundamento' do direito': entre o direito natural e a dignidade da pessoa", in: HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (orgs.). *Do direito natural aos direitos humanos*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 26 Nesse sentido, o autor assevera: "E porque é livre, o homem é responsável pelo que constrói em si mesmo. (...) é um ser que tem o encargo da sua própria realização."

[43] "a intenção normativa é, portanto, uma exigência que se funda em valores e que uma comunidade histórico-socialmente concreta pretende que se realize na prática", cf. leciona BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 173

[44] "*Los* modos *en que la gente caracteriza la responsabilidad están profundamente conectados con sus creencias ideológicas.", cf.* BALKIN, Jack M. "La retorica de la responsabilidad", in: ROSENKRANTZ, Carlos (compilador), *La responsabilidad extracontratual*, Barcelona: Gedisa, 2005, p. 143

[45] "a historicidade da vida pode, contudo, alterar as mundividências valoradoras entretanto estabilizadas e impor a sua superação: as normas jurídicas (e as outras estatuições a que aludimos) tendem então, em nome de uma sua complementar função diretiva (*Steuerungsfunktion*), a assimilar (e a passar a ser compreendidas segundo) novos paradigmas que respondam ajustadamente às novas exigências..." (BRONZE, Fernando José. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, Coimbra: coimbra

em última instância, com o sentido do direito enquanto direito, compatibilidade que se buscou demonstrar existir a partir da compreensão da teleonomologia do direito de acesso à justiça e do instituto da responsabilidade civil no âmbito do ordenamento jurídico português contemporâneo. O substrato comum existente no sentido da responsabilidade civil e no direito de acesso à justiça, ambos arrimados na ideia de salvaguarda da pessoa humana e sua intrínseca dignidade, não permitiria, a nosso ver, que agentes lesantes sejam premiados tão somente pelo fato de o ilícito ter sido perpetrado a partir da via processual.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra: Almedina, 2006

ARENDT, Hannah. *The human condition,* Chicago: University of Chicago Press, 1998

ASCENSÃO, José de Oliveira. "O 'fundamento' do direito': entre o direito natural e a dignidade da pessoa", in: HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (orgs.). *Do direito natural aos direitos humanos*, Coimbra: Almedina, 2015

BALKIN, Jack M. "La retorica de la responsabilidad", in: ROSENKRANTZ, Carlos (compilador), *La responsabilidad extracontratual*, Barcelona: Gedisa, 2005

BALMER, Thomas A. "Sham litigation and the antitrust laws", in: Buffalo Law Review, vol. 29, n.1, 1980

BARBOSA, Mafalda Miranda. "Reflexões em torno da responsabilidade civil – teleologia e teleonomologia em debate", in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Vol. 81, 2005

_____. *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva,* Lisboa: Principia Editora, 2014

_____. *Responsabilidade civil: novas perspectivas em matéria de causalidade*, Lisboa: Principia Editora, 2014

BRONZE, Fernando José. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, Coimbra: coimbra editora, 1994

_____. *Lições de introdução ao Direito,* Coimbra: Coimbra Editora, 2010

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003

CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*, Coimbra: Almedina, 2014

DIDIER, JR., Fredie. "Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil", in: *Revista de Processo,* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 171, maio 2009

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*, Roma: Laterza, 2001

LINHARES, José Manuel Aroso. "Juízo ou decisão? Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do discurso jurídico contemporâneo", In: BRONZE, Fernando

editora, 1994, p. 573); "o que o direito verdadeiramente é, tem sido ou haverá de ser, isso depende da decisão histórica do homem e da intenção que nele se ponha.", cf. NEVES, A. Castanheira. "Justiça e direito", in: *Digesta*, Vol. 1º, Coimbra: Coimbra Editora 1995, p. 254

José; LINHARES, José Manuel Aroso; MARQUES, Mário Alberto Reis; GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões (coords.). *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito,* Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989

NEVES, A. Castanheira. "Justiça e direito", in: *Digesta*, Vol. 1º, Coimbra: Coimbra Editora 1995

_____. "O papel do jurista no nosso tempo", in: *Digesta,* Vol. 1º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995

_____. "Pessoa, direito e responsabilidade", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 6, jan./mar. 1996

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*, Coimbra: Almedina, 2005

PEREIRA, Diogo Felipe Gil Castanheira. *Interesse processual na acção declarativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais – Direito Estadual II*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008

PRAGA, Milagros Otero."La libertad. Uma cuestion de axiologia jurídica", in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXV. Coimbra: Coimbra Editora, 1999

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

SOUSA, Miguel Teixeira de. "Aspectos metodológicos e didácticos do direito processual civil", in: *RFDUL,* Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1994

STASZAK, Sarah. *No day in court: acess to justice and the politics of judicial retrenchment*, New York: Oxford University Press, 2015

VARELA, João de Matos Antunes, "O direito de acção e sua natureza jurídica", in: *RLJ*, ano 125

_____. *Das obrigações em geral*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2015

Reflexões acerca das mudanças climáticas e refugiados ambientais

Gisele Bonatti[1]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal tratar as mudanças climáticas como uma das maiores ameaças aos direitos humanos no século XXI. Uma das maiores consequências dos impactos das mudanças climáticas é o surgimento de uma nova categoria de refugiados, o refugiado ambiental. Trata-se de pessoa forçada a deixar seu habitat de origem, em busca de um lugar que possa usufruir de condições mínimas de sobrevivência humana. Buscamos neste trabalho, apresentar o tratamento que hoje é dado para os sujeitos que se encontram nestas condições de vulnerabilidade devido as mudanças e desastres ambientais, assim como, oferecer sugestões, tanto a nível de normas como de políticas públicas, que possam de alguma forma, proteger os direitos fundamentais das vítimas de desastres ambientais.

Palavras-chave: Direitos humanos – Mudanças climáticas – Desastres ambientais - Refugiados ambientais.

Abstract: the present essay aims to analyze the climate change as one of the biggest threats for the human rights in the Twenty First century. One of the major issues of the climate change is the emergence of a new category of refugees: environmental refugees. These people are forced to leave their place of origin hoping to find a place with the minimum conditions for human survival. Thus, we seek to provide an analyses and suggestions of these topic examining the vulnerable conditions of this people due to the environmental changes and disasters, both, through the standards of public policies that are supposed to protect the fundamental rights of this victims.

Keywords: Human rights - Climate change - Environmental Disasters - environmental refugees.

[1] Mestre e doutoranda em Direito pela Universidad de Salamanca. Pós graduada em Direito ambiental e Direito processual pela PUC-Rio. Pós graduada em Direito constitucional e Direito Civil empresarial. Especialista em contratos e danos; corrupção e crime organizado; processo civil, arbitragem e mediação (Universidad de Salamanca). Professora de Direito de empresa, Direito ambiental e Responsabilidade Civil da Universidade Cândido Mendes. Endereço eletrônico: gibonatti@gmail.com

1. Introdução

Diariamente as questões ambientais estão sendo discutidas nos maiores meios de comunicação, através de notícias em jornais, revistas, periódicos, entre outros. A sociedade se depara com situações fáticas que representam um colapso do meio ambiente, cuja degradação resulta em níveis intoleráveis, que as consequências já podem ser sentidos pela presente geração.

A crise ambiental (também chamada de crise ecológica) é decorrência desta atual relação entre o homem e natureza, na qual paradoxalmente está ligada ao próprio crescimento econômico, ao elevado nível de desenvolvimento e ao padrão de vida alcançado pela civilização industrial. Por um lado, temos o desenvolvimento; por outro, temos a contaminação ambiental que resulta em problemas de caráter ecológico, tais como: diminuição da biodiversidade, dificuldades para servir água potável à população; poluição dos rios e lagos pelos esgotos domésticos e industriais; poluição do ar pelos sistemas de transportes movidos a combustíveis fósseis, pelas indústrias; produção de resíduos sólidos.[2]

Entretanto, o tema que parece ser de maior relevância e preocupação no debate tanto a nível internacional, como nacional, diz respeito as mudanças climáticas[3], provocadas pelo aquecimento global, desencadeada por ações como o desmatamento e a emissão de gases poluentes, responsáveis pelo efeito estufa, o que resulta na frequência de episódios climáticos extremos como: furacões, tsunamis, chuvas fortes, tormentas, inundações, elevadas temperaturas sem precedentes, desaparecimento paulatino das camadas de gelo e aumento do nível do mar. A isso também soma-se a perda da biodiversidade global e afetação à saúde humana.[4]

Nesta mesma esteira, surge a figura do refugiado ambiental, tratando-se de pessoas que são forçadas a se deslocarem para outros lugares, por conta de desequilíbrios ambientais, seja em forma de poluição ou desastres naturais, conforme analisaremos com mais detalhes a seguir.

---

[2] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 34-35.

[3] A vingança de Gaia, James Lovelock destaca a "situação limite" a que chegamos, ou que talvez até mesmo já tenhamos ultrapassado, em termos de mudança climática. LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia.** Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2006, p.24.

[4] BRASIL, Ministério da Saúde; Organização Pan- Americana da saúde. **Mudanças climáticas e ambientais e seus efeitos na saúde: cenários e incertezas para o Brasil**. Brasília: Organização Pan- Americana da saúde, 2008, p. 7. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/mudancas_climaticas_ambientais_efeitos.pdf Acceso 3 de abril de 2016.

Por tudo isso, escolhemos esta oportunidade para chamar a atenção do tema das mudanças climáticas como causa de violação de direitos humanos e o surgimento de uma nova categoria de refugiados: refugiados ambientais.

2. As Mudanças Climáticas e os Direitos Humanos

Dentre todas as discussões de assuntos relacionados a proteção ambiental, o tema de maior preocupação na agenda internacional, é a mudança climática decorrente do aquecimento global.

A partir de meados do século XX, tornou-se evidente que a atividade humana aumentou significativamente a produção desses gases, e o processo de "aquecimento global" estava acelerando. De acordo com dados apresentados pelo Escritório das Nações Unidas para a Redução de Riscos de Desastres (UNISDR) e do Centro de Investigação sobre a Epidemiologia dos Desastres, nove em cada dez desastres naturais são relacionados às mudanças climáticas. Como exemplo, podemos citar a declaração do diretor do UNISDR, ao afirmar que "Nós cruzamos o ano mais quente já registrado. Por volta de 98,6 milhões de pessoas foram afetadas por desastres climáticos em 2015, ajudado pelo forte fenômeno El Niño, que foi um fator em 92% dos casos ". [5]

O tema das mudanças climáticas foi discutido pelo órgão das Nações Unidas em 1992, em sua "Cúpula da Terra", que desenvolveu a Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima (UNFCCC,) como um primeiro passo para enfrentar o problema.

Apesar do fenômeno das mudanças climáticas ter sido objeto de estudo das Convenções internacionais, até o ano de 2007, ainda não se tinha um estudo, que fizesse a ligação clara entre as mudanças climáticas e os direitos humanos.

A primeira declaração intergovernamental considerada um marco importante, foi a “Male´ Declaration”, aprovada em 14 de novembro de 2007 por representantes de Estados insulares em desenvolvimento. Se reconheceu expressamente que a mudança climática afeta o desfrute dos direitos humanos, em especial o direito à vida, alimentação, cultura, e ao alto nível de saúde física e mental.[6]

---

[5] Disponível em http://www.eldiariony.com/2016/02/11/nueve-de-diez-desastres-naturales-se-deben-al-cambio-climatico/ Acesso 5 de maio de 2016.

[6] “Concerned that climate change has clear and immediate implications for the full enjoyment of human rights including inter alia the right to life, the right to take part in cultural life, the right to use and enjoy property, the right to an adequate standard of living, the right to food, and the right to the highest

Recentemente, entre 30 de novembro a 11 de dezembro de 2015, em Paris, foi realizada a Conferência do Clima (COP 21)[7]. A COP 21, reconhece que a mudança climática é um problema da humanidade, que representa uma ameaça aterradora com efeitos potencialmente irreversíveis para a sociedade humana e o planeta.[8] Durante a COP 21, foi apresentado um estudo, "Climate change and Human Rights"[9], pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que demonstra de forma bastante esclarecedora a relação entre os direitos humanos e as mudanças climáticas.

Além do estudo acima citado, em 1 de fevereiro de 2016, John H. Knox, Relator Especial sobre o tema das obrigações de direitos humanos e o desfrute do meio ambiente sustentável, apresentou ao Conselho de Direitos Humanos um informe sobre as obrigações dos direitos humanos relacionado as mudanças climáticas.[10] Neste relatório, a mudança climática é qualificada como a maior ameaça aos direitos humanos no século XXI, por violar direitos como: à vida, à saúde, à água, à alimentação, à moradia, ao desenvolvimento. Além disso, também afirma que as mudanças climáticas tem maior efeito sobre as pessoas vulneráveis. Assim explica que:

> "A medida que se elevam as temperaturas médias do planeta, aumenta o número dos mortos, feridos e deslocados por conta dos desastres relacionados com o clima, como ciclones tropicais. Também aumenta a mortalidade e a enfermidade pelas ondas de calor, secas, e má nutrição. Isto quer dizer que, quanto mais elevada seja a temperatura média, maiores serão os efeitos dos direitos à vida, à saúde e a outros direitos humanos. As consequências previsíveis de uma aumento de 2ºC

---

attainable standard of physical and mental health;". **Male' Declaration on the Human Dimension of Global Climate Change**. Maldivas, 2007. Disponível em http://www.ciel.org/Publications/Male_Declaration_Nov07.pdf . Acesso 5 de agosto de 2016. Posteriormente outras resoluções foram aprovadas pelo Conselho de Direitos Humanos sobre direitos humanos e mudanças climáticas, tais como: **Resolución 7/23 (marzo de 2008)**, **Resolución 10/4 (marzo de 2009)**, **Resolución 18/22 (septiembre de 2011)**, **Resolución 26/27 (julio de 2014), Resolución 29/15 (julio de 2015)**. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/Issues/HRAndClimateChange/Pages/HRCAction.aspx Acceso 5 de maio de 2016.

[7]NACIONES UNIDAS. **Convencion marco sobre el cambio climático -FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1**. Publicado 12 de dezembro de 2015. Disponível em http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf . Acesso 3 de maio de 2016.

[8]NACIONES UNIDAS. **Convencion marco sobre el cambio climático -FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1**. Publicado 12 de dezembro de 2015. Disponível em http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf . Acesso 3 de maio de 2016.

[9] UNEP. **Climate change and human rights**. Nairob:UNON Publishing Services Section, 2015, pp.2-8. Disponível em http://www.unep.org/newscentre/Default.aspx?DocumentID=26856&ArticleID=35630 . Acesso em 8 de agosto de 2016.

[10]**Resolución A/HRC/31/52**. Disponible en http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Pages/ListReports.aspx Acesso 5 de maio de 2016.

> na temperatura média mundial são enormes. Segundo o Grupo Intergovernamental de Expertos sobre a Mudança Climática, incluem a probabilidade cada vez maior de uma redução de produtividade de trabalho, de morbidez (por exemplo, desidratação, insolação ou esgotamento por calor) e de mortalidade pela exposição a onda de calor. Os mais afetados são os trabalhadores da agricultura e da construção, assim como as crianças, pessoas sem lar, idosos e mulheres que precisam caminhar muitas horas para buscar água" .

Por fim, John H. Knox, afirma que o problema da migração forçada devido às alterações climáticas representa violação aos direitos humanos, já que na maior parte das vezes as vítimas viajam em situação irregular e sem condições de emigrar, ou acabam ficando em lugares que sofrem os danos causados pelas alterações climáticas.

3. Refugiados ambientais

Embora exista um enorme rol de normas ambientais tanto no âmbito internacional como nacional (caso Brasil), que tratam da proteção ambiental e de maneira indireta da segurança humana, tais normas não se mostram totalmente eficazes para combater, interromper o processo de degradação ambiental. Como resultado disso, cada vez mais, aumentam os processos migratórios devido ao processo de degradação ambiental.[11]

O Conselho Norueguês de Refugiados, entidade parceira das Nações Unidas, divulgou no dia 21 de julho de 2015, um informe com estimativas globais de pessoas desalojadas por desastres naturais. Constatou-se que nos últimos sete anos, quase uma pessoa a cada segundo ficou deslocada após enchentes, tempestades ou terremotos.

Na região da Ásia, o estudo aponta numa média de 26,4 milhões de desalojados por desastres naturais por ano, entre 2008 e 2014. Nesse período, China, Índia e Filipinas foram os países que tiveram os maiores níveis de deslocamento. Em 2014, a Europa viu o número de desalojados dobrar, cerca de 190 mil pessoas, a maioria por enchentes ocorridas nos Bálcãs. O relatório revela que em 2014, 17,5 milhões de pessoas foram forçadas a abandonar suas casas após desastres naturais relacionados ao clima, como enchentes e fortes tempestades. Já desastres geográficos, como terremotos, deixaram 1,7 milhão de pessoas sem casa. Nos Estados Unidos, 56 mil pessoas ainda precisam de assistência de habitação após o

[11] BOGARD, Janos J.; RENAUD, Fabrice; DUN, Oliva; Walner, Koko. **Control, Ada por Flee:** how to face environmental migration? Germany: UNU Institute for Environment and Human Security. Nº5, 2007.p.9.

furacão Sandy ter atingido a costa leste do país em 2012. Já no Japão, cerca de 230 mil pessoas ainda não conseguiram estabelecer uma nova residência após o terremoto e o tsunami de 2011.[12] Além disso, podemos citar o caso das ilhas do Pacífico que desaparecem, ficando submersas, dando lugar ao deslocamento de comunidades, em que famílias inteiras são obrigadas a dispersassem.

No Brasil, em 5 de novembro de 2015, aconteceu o mais trágico acontecimento ambiental da história brasileira. O chamado "Desastre em Mariana", ocorrido pelo rompimento de uma barragem de rejeitos de mineração, na cidade de Mariana no Estado de Minas Gerais, afetou mais de 286 mil pessoas. Para a Defesa Civil, este é o somatório do número de óbitos, feridos, enfermos, desabrigados, desalojados e desaparecidos. [13] Se estima que mais de 600 quilômetros de casas, cidades e plantações foram destruídos. Além das mortes, casas destruídas e pessoas desalojas e desabrigadas, o principal problema é a questão ambiental, já que o acidente foi capaz de destruir grandes ecossistemas, dizimando muitas espécies de plantas e animais, e talvez tornando a região infértil para sempre. Sendo as principais atividades econômicas da região, agricultura e pesca, consequentemente as famílias que restaram na região se deslocaram para lugares que poderão encontrar meio de sobrevivência.[14]

3.1 A dificuldade da construção de um conceito para "refugiado ambiental"

A mudança climática provoca o surgimento de uma categoria, ainda não reconhecida juridicamente, de pessoas que são forçadas a abandonar os seus locais de origem por conta de distúrbios ambientais. O termo para se referir a estas pessoas ainda é objeto de debate e não possui definição, pelo grau de complexidade que a questão trata.[15]

São muitas variáveis em torno do descolamento por razões de distúrbios ambientais. Existem casos mais evidentes, como terremotos, tsunamis, inundações,

---

[12] Disponível em http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/2015/07/desde-2008-uma-pessoa-por-segundo-ficou-desalojada-por-um-desastre/#.VzfK7CPhAy6 Acesso em 6 de maio de 2016.
[13] Disponível em http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Item/displayifs.aspx?List=0c839f31-47d7-4485-ab65-ab0cee9cf8fe&ID=463751&Web=88cc5f44-8cfe-4964-8ff4-376b5ebb3bef Acesso em 25 de setembro de 2016.
[14] **Guia tragédias naturais da história**. 1ª edição. São Paulo: On line, 2016, pp.96-97.
[15] DUN, Oliva; GEMENNE, François. Defining "Environmental Migration". In: **Forced Migration review:** Climate Change and Displacement. Issue 31. Octuber, 2008. Disponível em http://www.fmreview.org Acesso 6 de maio de 2016.

que não resta outra opção para as vítimas destes desastres, que buscar outro lugar para viver. As vítimas poderão se deslocar para regiões dentro de seus próprios países, ou cruzarem as fronteiras e deslocarem para outros países, como por exemplo, o caso dos Haitianos, que foram para o Brasil, depois de terem sofrido com o terremoto em 2010.[16]

Contudo, além dos desastres naturais, eventos repentinos, verdadeiras catástrofes, que resultam em tragédias humanas, existe também a hipótese de deslocamento devido a processos lentos de mudança climática, como por exemplo a seca no nordeste do Brasil, que não se trata de um evento repentino, mas de um processo de mudança climática, que cada vez agrava mais, impossibilitando a agricultura, pecuária, acesso a água pelas pessoas que vivem e dependem daquele habitat.

Além disso, os efeitos dos impactos dos desastres ambientais e mudanças climáticas, são mais fortes nas comunidades mais vulneráveis. Se tomarmos como exemplo as populações pobres que vivem em zonas inclinadas, sem planificação urbana, quando ocorre tormentas, chuvas fortes, o desprendimento de lodo acaba afetando as pessoas que vivem naquele local. Deste modo, o que se quer chamar atenção, é que junto aos desastres ambientais, mudanças climáticas, estão outras questões de ordem política, econômica e social. Este fato também contribui para a dificuldade de se encontrar um termo, uma expressão única, uniforme, para denominar os indivíduos que fogem dos problemas ambientais.[17]

Apesar de ser notória a relação entre os refugiados e as questões ambientais, como bem advertiu Jacobson, “a maioria dos governos não reconhece o declínio ambiental como causa legítima do movimento dos refugiados, optando, ao invés disso, por ignorar a causa”.[18] Diante da variedade de fatores que influenciam a migração forçada, estabelecer um nexo de causalidade entre os desastres naturais, mudanças climáticas e o deslocamento, até o presente momento, é tarefa complexa, pois é difícil

[16] WAISBERG, Tatiana. Haitianos como refugiados ambientais no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina,ano 20, n. 4377, 26 jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40015>. Acesso 10 maio 2016.
[17] DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro. **Refugiados ambientais**: Direito ao Reconhecimento no Contexto Ambiental Internacional. Trabalho apresentado no 4º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais – ABRI. Belo Horizonte, 2013, p. 7-14.
[18] JACOBSON, Jodi L. **Environmental Refugee**: a yardstick of habitability. Worldwatch Paper 86. Washington, D.C.: Worldwatch Institute, 1988, p.6.

isolar o impacto dos fatores ambientais de outros processos sócio- econômicos e políticos, que provocam de igual forma o deslocamento forçado.[19]

Entretanto, apesar da dificuldade probatória do nexo de causalidade entre os desastres naturais, efeitos das mudanças climáticas e o deslocamento forçado, esta constatação, foi feita pela primeira vez, pelo egípcio Essam El-Hinnawi, na Conferência das Nações Unidas, realizada em Nairóbi, África, em 1985.[20]

El-Hinnawi chama atenção do mundo para uma nova categoria de refugiados que necessitava de urgente reconhecimento e proteção internacional, definindo refugiado ambiental como "pessoas que são forçadas a deixar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, devido a distúrbio ambiental (natural e/ou provocado por pessoas) que colocou em risco sua existência e /ou afetou seriamente a sua qualidade de vida".[21]

A definição de El-Hinnawi é ampla, pois se refugiado é "pessoa forçada a deixar seu habitat tradicional", isso quer dizer que a pessoa não precisa sair do seu país para ser considerado refugiado, bastaria se deslocar para outro lugar dentro de seu próprio país. Tomando o exemplo de Raiol, "um morador de uma floresta que foi forçado a abandoná-la em decorrência de um distúrbio grave (devastação, inundação, etc.) poderia à luz da definição de El-Hinnawi, ser considerado um refugiado ambiental, mesmo que permanecesse no interior de seu país, desde que estivesse fora de sua habitação tradicional". Desta forma, segundo Raiol, a definição trazida por El-Hinnawi, unifica o conceito de refugiado e deslocado interno, trazendo uma inovadora contribuição ao tratamento da questão do refugiado.

Apesar do discurso de El-Hinnawi não ter tido nenhum efeito prático imediato na vida das pessoas e das nações, as recentes catástrofes ambientais e o número crescente de pessoas forçadas a deixar sua habitação tradicional, não podem ser ignorados. Na Conferência sobre o Desenvolvimento Sustentável Rio+20, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), apresentou, no dia 21 de junho de 2012, um informe que confirma a existência de uma notória migração, deslocamento, de pessoas, em razão da mudanças climáticas, por eventos extremos

---

[19]DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro. **Refugiados ambientais**: Direito ao Reconhecimento no Contexto Ambiental Internacional. Trabalho apresentado no 4º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais – ABRI. Belo Horizonte, 2013, p. 7.

[20] RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando Fronteiras**: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 157-158

[21] RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando Fronteiras**: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 160.

como a seca e inundações. Se constatou que a maior movimentação humana devido as mudanças climáticas se produz dentro das fronteiras nacionais. Sem embargo, as pessoas que se deslocam, ultrapassando as fronteiras nacionais, não gozam de proteção como refugiados, pois não se enquadram na Convenção de refugiados de 1951.[22]

Apesar da ACNUR, ter ciência do problema das pessoas que ultrapassam as fronteiras do país, segue afirmando que tais pessoas não tem proteção internacional pela Convenção de refugiado de 1951. Alega que os elementos que caracterizam o refugiado, segundo o seu Estatuto, são: a perseguição ou seu fundado temor, motivação determinada, o necessário amparo por um outro Estado e a extraterritorialidade. Há a necessidade da existência de um agente perseguidor. O desastre ambiental, as mudanças climáticas, não são considerados agentes perseguidores.[23]

Além disso, o fator ambiental não encontra-se no rol da motivação: "raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas".

Em relação ao terceiro critério, a necessidade de proteção de um outro Estado, muitas vezes os refugiados ambientais têm ajuda de seus próprios países, logo esse critério também não se cumpre.

E por fim, a extraterritorialidade, como vimos, nem sempre os refugiados ambientais cruzam as fronteiras de seus países, muitas vezes se deslocam para outras áreas dentro de seus próprios Estados.

Atentamos ao fato de que a Convenção de 1951, fruto da fase após a segunda Guerra Mundial, não levou em consideração os novos rumos políticos, econômicos e sociais que surgiam a partir daquele conflito armado. Compartindo o entendimento de Raiol, trata-se de um documento incompleto, em descompasso com a realidade dos Estados e a sociedade de risco em que nos encontramos hoje.

Até o presente momento inexiste qualquer tipo de regime jurídico próprio institucionalizado que reconheça a tutela daqueles que abandonam seu local de origem por conta dos desastres ambientais e mudanças climáticas.

---

[22] Disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/UNHCR_and_environmental_change Acesso 10 de maio de 2016.

[23] SILVA, José Carlos Loureiro da; REI, Fernando. Invisíveis: a rejeição ao estatuto do refugiado ambiental. **Revista Leopoldiamnum**. Ano 39. 2013. Disponível em http://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/476 Acesso 12 de maio de 2016.

3.2 Sugestões normativas

Frente ao problema do Direito Internacional atual não dispor de nenhuma norma que assegure as pessoas que se veem obrigadas a se deslocarem de seus lares por questões ambientais, além dessa questão de ordem jurídica, também existem problemas a nível institucional e de financiamento, posto que nenhuma organização internacional dispõe de mandato claro para isso.

Por estas razões, Michel Prieur, professor da Universidade de Limoges, em conjunto com o Centro de Investigação em Direitos Humanos, publicou um projeto de uma Convenção Relativa ao Estatuto Internacional do Deslocados Ambientais. [24] Trata-se de um documento novo que pretende fixar os direitos fundamentais dos refugiados ambientais e colocar os países para prestarem a ajuda humanitária às vítimas de desastres naturais.

Conforme dispõe o capítulo 2 do Estatuto em seus respectivos artigos 5,6,7,8, 9 e 10, os países que aderirem à convenção ficam obrigados pelo princípio da solidariedade internacional a garantirem o direito dos deslocados ambientais. O país que acolher o deslocado e sua família se compromete a respeitar os direitos humanos garantidos pelas convenções internacionais em que esteja ligado, como Direitos à informação e participação; Direito a ser resgatado; Direito à água e ajuda alimentar; Direito à moradia; Direito à cuidados; Direito à personalidade jurídica; Qualquer pessoa que se mudou para outro país deve manter os direitos civis e políticos de seu Estado de origem; Direito ao respeito pela unidade familiar; Direito à educação e formação; Direito de ganhar a vida pelo trabalho.

Além disso, o Estatuto estabelece direitos específicos aos deslocados temporais, como: Direito a uma casa segura; Direito de reassentamento; Direito de regresso; Direito de estender sua permanência. Também dispõe de direitos específicos para os deslocados permanentes como: direito à nacionalidade. Qualquer individuo movido definitivamente tem direito a conservar a nacionalidade do seu Estado de origem afetado pelo desequilíbrio ambiental e tem direito de adquirir a nacionalidade do país de acolhida.

Também merece destaque o artigo 10 do Estatuto, que estabelece o "princípio da não-discriminação", ou seja, as vítimas devem ter assegurados os direitos

[24] Projeto da Convenção Relativa ao Estatuto Internacional do Deslocados Ambientais. Disponível em http://www.observatorioeco.com.br/wp-content/uploads/up/2010/09/projet-de-convention-relative-au-statut-international-des-daplacas-environnementaux2.pdf acesso 10 de maio de 2016.

reconhecidos sem discriminação de qualquer espécie, como sexo, orientação sexual, raça, cor, língua, religião, opiniões, opinião política ou de outra natureza, origem social, nascimento, deficiência, idade.

Além da proposta normativa de Michel Prieur, também se apresentou em outubro de 2012, uma proposta dos governos da Suíça e Noruega, chamada de "Iniciativa Nansen".[25] Esta iniciativa, pretende criar consenso entre os Estados sobre a melhor maneira de abordar a questão dos deslocamentos entre fronteiras no contexto dos desastres ambientais repentinos e de evolução lenta.[26]

Após ter sido realizado um processo consultivo com os Estados, sociedade civil, investigadores, organizações internacionais e comunidades afetadas, se chegou a conclusão que seria necessário uma proteção especial as pessoas forçadas a se deslocarem de suas casas, por motivo de desastres naturais, distúrbios ambientais. Se chegou ao seguinte consenso:

> " O deslocamento no contexto de um desastre, incluído o que se realiza através das fronteiras internacionais, é uma realidade em muitas partes do mundo, sendo provável que aconteça em outras ou que aumente, já que a mudança climática tende aumentar a frequência e magnitude dos desastres. As consultas confirmaram que é uma responsabilidade primária dos Estados, prevenir os deslocamentos quando seja possível e encontrar soluções duradouras para os deslocamentos. As consultas também confirmaram que os atuais mecanismos regionais e internacionais, assim como as leis e políticas existentes não bastam para tratar do problema de deslocamento transfronteriço no contexto dos desastres, e indicaram que é necessário melhorar o nível de preparação". (tradução nossa).[27]

A Iniciativa Nansen, sugeriu uma ampla variedade de medidas migratórias e de proteção para as pessoas afetadas por desastres naturais. Entre tais medidas, se incluem a expedição de vistos humanitários; adiamento de deportações; concessão da condição de refugiado em casos excepcionais; acordos bilaterais e regionais para

[25] As consultas da Iniciativa Nansen estão disponíveis em https://nanseninitiative.org/ Acesso 10 de maio de 2016.
[26] KÄLIN, Walter. De los Principios de Nansen a la Iniciativa Nansen. In **Migraciones Forzadas Revista** nº 41, dezembro 2012. Disponível em http://www.fmreview.org/es/prevencion/kaelin.html Acesso em 25 de setembro de 2016.
[27] KÄLIN, Walter. La iniciativa Nansen: crear consenso sobre el desplazamiento en el contexto de los desastres. In **Migraciones Forzadas Revista** nº 49, junho 2015, p.7. Disponível em http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/cambioclimatico-desastres/kaelin.pdf Acesso 11 de maio de 2016.

o livre transito de pessoas; abertura de normais canais migratórios e expedição de permissão de trabalho.

Também se destacou no resultado das consultas, a necessidade da disposição de ferramentas compostas por políticas públicas que vão mais além da proteção das pessoas deslocadas. Em outras palavras, os Estados além prover medidas para solucionar o problema das pessoas já deslocadas, também devem se preocupar em implementar medidas de prevenção, como por exemplo: atividades para a redução de risco de desastres, infraestrutura que se adapte as mudanças climáticas, execução de planos de emergência, transferir as pessoas que se encontram em áreas de riscos para áreas mais seguras, medidas de revitalização da terra e todo o ecossistema ao redor para ajudar as pessoas a permanecerem no mesmo local e não terem a necessidade de se deslocarem.

Por fim, também se identificou como modo de melhorar a resposta global frente ao deslocamento ambiental, que os Estados garantam, implementem atuais marcos jurídicos e políticos para os deslocados internos.[28]

Nos parece importante trazer a colação, a política de "Migração com dignidade" do governo de Kiribati. Esta política representa um exemplo de resposta governamental as mudanças climáticas.

Como bem explica McNamara, Kiribati se compõe de 32 atóis distribuídos pelo Oceano Pacífico do Sul. Conforme o nível do mar aumenta, a habitação ao longo prazo nestas ilhas de pouca altitude se veem ameaçadas, pois a maioria das ilhas se encontram a menos de três metros sobre o nível do mar. Frente a esta situação, se estabeleceram numerosas políticas e programas para reduzir o grau de vulnerabilidade do país em relação as mudanças climáticas. Os líderes do país trataram de buscar opções para que seus cidadãos possam migrar para outros países.[29]

A primeira parte da política "Migração com dignidade", consiste em dar a opção de emigrar para aqueles que desejem fazer isso agora ou em um futuro próximo. O

[28] KÄLIN, Walter. La iniciativa Nansen: crear consenso sobre el desplazamiento en el contexto de los desastres. In **Migraciones Forzadas Revista** nº 49, junho 2015, p. 6-7. Disponível em http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/cambioclimatico-desastres/kaelin.pdf Acesso 11 de maio de 2016.

[29] MCNAMARA, Karen E. Migración con dignidad a través de las fronteras de Kiribati. In **Migraciones Forzadas Revista** nº 49, junho 2015, p.62. Disponible en http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/cambioclimatico-desastres/mcnamara.pdf Acceso 12 de mayo de 2016.

objetivo é transladar as comunidades expatriadas a diversos países receptores que possam oferecer apoio aos emigrantes a longo prazo, como Austrália e Nova Zelândia. Desta forma, se aumenta a possibilidade de que os emigrantes enviem de volta a suas famílias remessas de dinheiro.

A segunda parte desta política, consiste em melhorar o nível de educação e formação profissional das pessoas de Kiribati, para que se equiparem ao oferecido nos países em que pretendem migrar. Se espera que esta formação e a melhora de suas destrezas, permitam uma migração com dignidade a outros países e que viabilize o estabelecimento de convênios laborais transfroteiriços.[30]

Concluímos que a política de "Migração com dignidade" é uma tentativa do governo de Kiribati, que a longo prazo, deve ser analisado se terá resultados positivos tanto nos países de origem como nos países de acolhida. Sendo um resultado positivo, servirá de exemplo para ser adotado pelos países que se encontrem em situação similar.

Conclusão:

Os efeitos das mudanças climáticas, como secas prolongadas, inundações, desertificação, insegurança alimentar, escassez de água, são fatores que impedem o desfrute das condições mínimas de sobrevivência, assim como dos direitos fundamentais, forçando a migração de milhões de pessoas no mundo todo.

Com isso posto, temos duas situações: o deslocado ambiental e o refugiado ambiental. Ambas situações tem a mesma razão de existir, mas se diferem no sentido que, o primeiro é forçado a deixar seu habitat, mas busca um lugar ainda dentro de seu país. Já no segundo caso, as pessoas cruzam as fronteiras e vão para outro país.

Em relação aos deslocados internos, cada país deve cumprir com os direitos fundamentais garantidos em suas respectivas constituições, dando todo o auxilio necessário a estas pessoas vítimas de desastres naturais.

Aos refugiados ambientais, o tema é mais complexo e exige atenção da comunidade internacional, para enfrentar a questão. A Convenção dos Refugiados de 1951, não abarca a proteção do refugiado ambiental e não existe nenhum documento

[30] MCNAMARA, Karen E. Migración con dignidad a través de las fronteras de Kiribati. In **Migraciones Forzadas Revista** nº 49, junho 2015, p.62. Disponible en http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/cambioclimatico-desastres/mcnamara.pdf Acceso 12 de mayo de 2016.

que garanta os direitos humanos destas pessoas que são forçadas a deixar seus lugares de origem por razão de desequilíbrio ambiental.

O refugiado ambiental, além de ter seus direitos violados no seu país de origem, quando sofre com os impactos ambientais, ao chegar em outros países, na maior parte das vezes, por sua condição vulnerável, ficam mais expostos a violação de seus direitos, como por exemplo: trabalho escravo, prostituição, abuso sexual, racismo.

O tema deve ser enfrentado urgentemente pelos Estados, em ação integrada, tanto com ações preventivas para combater as causas do deslocamento, como tratando de normatizar, criando um regime jurídico internacional a ser adotado pelos Estados, conferindo direitos aos refugiados ambientais.

Em relação as ações preventivas, pode-se pensar no cumprimento da legislação ambiental para o combate as mudanças climáticas, assim como, em políticas de investimento em melhora da infra- estrutura de comunidades que se situam em regiões de risco de desabamento, inundações. Inclusive, pode-se pensar em adotar o exemplo do governo de Kiribati com sua política de “Migração com dignidade”, conforme foi comentado no texto.

Por outra parte, o Estatuto Internacional do Deslocados Ambientais, proposto por Michel Prieur, nos parece um ponto de partida para a criação de um novo documento que de proteção a esta nova categoria de refugiados, refugiados ambientais.

De todas as formas, ainda que o problema dos refugiados ambientais não esteja sendo tratado como deveria, o reconhecimento das mudanças climáticas como uma das principais ameaças aos direitos humanos, é um grande passo em direção à proteção dos direitos fundamentais de comunidades do mundo todo.

Por todo o exposto e o crescente impacto dos efeitos das mudanças climáticas, o tema merece ser estudado com mais detalhes em outra oportunidade.

Referencias bibliográficas

BOGARD, Janos J.; RENAUD, Fabrice; DUN, Oliva; Walner, Koko. **Control, Ada por Flee:** how to face environmental migration? Germany: UNU Institute for Environment and Human Security. Nº5, 2007.

BRASIL, Ministério da Saúde; Organização Pan- Americana da saúde. **Mudanças climáticas e ambientais e seus efeitos na saúde: cenários e incertezas para o Brasil**. Brasília: Organização Pan- Americana da saúde, 2008, p. 7. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/mudancas_climaticas_ambientais_efeitos.pdf Acceso 3 de abril de 2016.

DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro. **Refugiados ambientais**: Direito ao Reconhecimento no Contexto Ambiental Internacional. Trabalho apresentado no 4º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais – ABRI. Belo Horizonte, 2013, p. 7-14.

DUN, Oliva; GEMENNE, François. Defining "Environmental Migration". In: **Forced Migration review:** Climate Change and Displacement. Issue 31. Octuber, 2008. Disponible en http://www.fmreview.org Acceso 6 de maio de 2016.

JACOBSON, Jodi L. **Environmental Refugee**: a yardstick of habitability. Worldwatch Paper 86. Washington, D.C.: Worldwatch Institute, 1988, p.6.

KÄLIN, Walter. La iniciativa Nansen: crear consenso sobre el desplazamiento en el contexto de los desastres. In **Migraciones Forzadas Revista** nº 49, junho 2015, p.7. Disponible en http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/cambioclimatico-desastres/kaelin.pdf Acceso 11 de mayo de 2016.

LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia.** Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2006, p.24.

MCNAMARA, Karen E. Migración con dignidad a través de las fronteras de Kiribati. In **Migraciones Forzadas Revista** nº 49, junho 2015, p.62. Disponible en http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/cambioclimatico-desastres/mcnamara.pdf Acceso 12 de mayo de 2016.

NACIONES UNIDAS. **Convencion marco sobre el cambio climático - FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1**. Publicado 12 de dezembro de 2015. Disponible en http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf . Acceso 3 de maio de 2016.

OJIMA, Ricardo; MARANDOLA JR, Eduardo. **Mudanças climáticas e as cidades: novos e antigos debates na bisca da sustentabilidade urbana e social.** São Paulo: Blucher, 2013, p. 58

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando Fronteiras**: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 157-158

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 34-35.

SILVA, José Carlos Loureiro da; REI, Fernando. Invisíveis: a rejeição ao estatuto do refugiado ambiental. **Revista Leopoldiamnum**. Ano 39. 2013. Disponível em http://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/476 Acceso 12 de mayo de 2016.

UNITED NATIONS. **Climate Change and Human Right**. UNEP. 2015. Disponible en file:///Climate_Change_and_Human_Rightshuman-rights-climate-change.pdf.pdf Acceso 3 de maio de 2016.

WAISBERG, Tatiana. **Haitianos como refugiados ambientais no Brasil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4377, 26 jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40015>. Acesso em: 15 maio 2016.

O papel do Estado na efetivação do Direito à autodeterminação das pessoas com deficiência - análise do Regime jurídico para integração dos portadores de deficiência no serviço público português.

Arthur Alves Ignácio[1]

Guilherme Augusto Souza Godoy[2]

Resumo: Pessoas portadoras de deficiências, de nascimento ou adquirida, mental ou física, têm uma maior dificuldade em certas atividades. Há uma política global cada vez mais desenvolvida no que tange ao acesso aos deficientes às atividades laborais, educacionais e recreativas. Acesso este que pode ser interpretado em termos físicos e quanto à questão de igualdade de oportunidades. A legislação portuguesa, seguindo essa tendência, vem promovendo a criação de mecanismos a fim de garantir oportunidades aos portadores de deficiência e se dedica, essencialmente a algumas áreas: emprego, educação, atividades ocupacionais, formação profissional e acessibilidade. Neste trabalho tratar-se-á da integração dos portadores aos organismos públicos para fins laborais, ou seja, das políticas públicas inclusivas de deficientes nos quadros do funcionalismo público português. Busca-se analisar a importância destas medidas para a eficaz integração profissional a fim de efetivar o Direito Fundamental à autodeterminação dos portadores de deficiências e avaliar a atuação do Estado nas esferas legislativa e executiva, procurando encontrar o grau de produção e efetivação de políticas públicas de acesso dos deficientes aos serviços públicos.

Palavras-chave: Autodeterminação, Direitos Fundamentais, Portadores de deficiências, Funcionalismo Público em Portugal, Políticas Públicas de integração

Abstract: People with disabilities, whether by birth or acquired, mental or physical, have more difficulties in performing some activities. There is a global policy intending to develop the access for disabled people in terms of employment, education and entertainment. This access comes in physical terms and meaning equality of opportunities. Portuguese legislation, following this tendency, is also offering

1- Licenciando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto e ex-aluno da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. Email: a.ignacio2132@gmail.com

2- Doutorando e mestrando em Criminologia pela Universidade do Porto, pesquisador no Grupo de Pesquisa/CNPQ: "História Social do Crime" na UFAL, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UFMT e em Direito Público pelo ICE/MT. Email: drugscrim@gmail.com http://bit.ly/guilhermegodoy

instruments to guarantee an equality of opportunities, mostly in the areas of employment, education, occupational activities, professional training, and accessibility. The objective in this paper is to analyse public policies about the inclusion of disabled people in the frames of public service in Portugal, demonstrating the importance of professional integration for ensuring the fundamental right of self- determination.
Keywords: Self-determination; Fundamental rights; People with disabilities; Public service in Portugal; Integrative Public Policies.

1. Introdução

O tema proposto existe num ponto de convergência entre três grandes áreas do Direito (Direito Constitucional, Civil e Administrativo) e é fundamental a outros campos do conhecimento como a medicina, psicologia e ciências sociais. Cada uma destas áreas aborda a temática de um ponto de vista diferente, com o qual contribui para o desenvolvimento do pensamento e para a efetivação dos direitos fundamentais envolvidos.

O tratamento que propomos dar à matéria possui um viés positivista-crítico, ou seja, a prioridade é analisar a legislação pura sobre a relação entre o funcionalismo público e o direito à autodeterminação das pessoas com deficiência em Portugal e, - por um ponto de vista empírico - avaliar se o bloco normativo que regula a matéria ao ser posto em prática pela parcela da administração pública responsável por fazê-lo é suficiente para a efetivação do direito fundamental ora analisado.

A partir disso, decidimos por utilizar as mais variadas teorias sobre o assunto apenas como instrumento de apoio conceitual, isto é, como meio auxiliar à compreensão das ideias e realidades enfrentadas.

Este posicionamento se justifica porque a legislação reflete (ou deve refletir) a vontade (ou falta dela) do legislador ordinário em efetivar o direito fundamental à autodeterminação através de políticas públicas de integração de pessoas com deficiência no funcionalismo público.

Não pretendemos, portanto, exaurir a temática ou fazer uma revisão bibliográfica sobre o tema, tampouco analisar profundamente as diferentes correntes de pensamento sobre a matéria, mas sim destacar o *will* do povo português, através

da legislação proposta e aprovada sobre o tema, ou seja, sobre a efetivação (ou reforço) do direito à autodeterminação dos portadores de deficiência com o acesso destes ao serviço público.

Portugal é membro da União Europeia e signatário da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual estabelece em seu art. 26º que "A União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar sua autonomia, a sua integração social e **profissional** e a sua participação na vida da comunidade". (**grifos nossos**)

Este dispositivo veicula o Direito Fundamental à Autodeterminação dos deficientes em todas as suas concepções, dentre as quais analisaremos neste trabalho somente a relativa à integração profissional, a qual é em muitos casos, responsável, como base de sustentação, pela efetivação das demais manifestações deste direito fundamental.

Dentro da integração profissional tomamos como objeto de estudo o funcionalismo público, que é uma das medidas possíveis e comumente utilizadas, contemporaneamente, para a integração dos portadores de deficiência.

A lacuna que pretendemos preencher pode, portanto, ser definida com a seguinte pergunta: *"Como a legislação administrativa portuguesa sobre o serviço público contribui para a integração profissional dos deficientes? "*

A resposta a esta questão serve para a elaboração de outra, que surge a partir de um ponto de vista mais prático: *"De que forma esse bloco normativo tem servido para a efetivação do direito fundamental à autodeterminação dos portadores de deficiência? "*

A Unidade de investigação que buscamos surge, portanto, justamente das políticas de inclusão de deficientes no funcionalismo público. Temos como hipótese que este gênero de política social seja uma ferramenta poderosa para a integração profissional e social dos portadores de deficiência e para efetivação de seu direito de autodeterminação para o qual o Estado tem o dever constitucional de contribuir.

O termo "autodeterminação" como direito fundamental negativo, refere-se à liberdade de estabelecer um projeto de vida baseado na individualidade de cada cidadão e na capacidade de exercer controle sobre si mesmo. O direito fundamental à autodeterminação é, portanto, uma liberdade individual de definir o próprio destino

para a qual o Estado Social tem a função de estabelecer as condições necessárias para sua efetivação.

Os últimos 25 anos foram ricos em produção legislativa sobre a inclusão social dos portadores de deficiência, cobrindo áreas que incluem o emprego, a educação, atividades ocupacionais, formação profissional, acessibilidade, intervenção precoce e legislação de política global.

Na linha programática dos direitos constitucionalmente consagrados, ainda que não efetivados, em 1989, foi aprovada a Lei de Bases da Prevenção e da Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência (Lei nº 9/89, de 2 de Maio).

Considerada como o primeiro grande marco na definição dos princípios de igualdade de oportunidades, nela se encontram definidos os princípios a que deve obedecer ao desenvolvimento global da política de reabilitação e das políticas setoriais, nomeadamente da saúde, educação, transportes e habitação, entre outras.

Esta Lei, no seu Artigo 16.º, consagra o Estado como a primeira entidade a quem incumbe a prevenção e reabilitação da deficiência, em colaboração com as famílias, as organizações não governamentais e as próprias pessoas com deficiência.

2. O Direito fundamental à autodeterminação – análise sistemática do art. 26º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e do Regime Jurídico para integração de pessoas portadoras de deficiência no funcionalismo público português.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, elaborada em Convenção composta por um representante de cada Estado membro da União Europeia, deputados do Parlamento Europeu e membros dos parlamentos nacionais, foi formalmente adotada pelos órgãos comunitários em Nice no ano 2000 com o objetivo de consagrar, à nível da UE, um conjunto de direitos pessoais, cívicos, políticos, econômicos e sociais dos cidadãos e residentes da União.

Os responsáveis por sua edição buscaram incorporar neste documento os princípios gerais consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 e os resultantes das tradições constitucionais comuns dos países da UE voltadas a estes temas.

Para além disso, a Carta devia incluir os direitos fundamentais próprios dos cidadãos da UE, bem como os direitos económicos e sociais consagrados na Carta

Social do Conselho da Europa e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. Refletiria também os princípios decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Apesar de ter começado a ser elaborada em 1999 e ter sido formalmente adotada pelos órgãos principais da UE no ano seguinte foi só com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, que a Carta foi investida de valor jurídico vinculativo à semelhança dos Tratados instituidores da União e antes disso e por isso, a Carta foi alterada e novamente proclamada em 2007.

A Carta traz em seu conteúdo direitos que anteriormente se encontravam dispersos em diplomas legislativos nacionais e sintetizando-os em 7 capítulos: Dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, cidadania, justiça e disposições gerais.

A nós, o que mais interessa, neste momento, é o capítulo 3, relativo à igualdade e que enuncia o direito fundamental relativo à integração das pessoas com deficiência da seguinte forma: "Artigo 26º: Integração das pessoas com deficiência - A União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, **a sua integração social e profissional** e a sua participação na vida da comunidade". (**grifos nossos**)

A União Europeia, através deste dispositivo, reforça o direito à autodeterminação das pessoas com deficiência e, levando em consideração seu efeito jurídico vinculante, determina que os Estados Membros façam o mesmo implementando medidas a nível nacional que sirvam de instrumento para a efetivação desse direito.

Portugal, como Estado Membro, tem, assim, o dever de contribuir para a efetivação do art. 26º da Carta de Direitos Fundamentais da UE, mas *como o faz? Qual a legislação nacional relativa a este direito?*

Primeiramente devemos observar o rol de direitos fundamentais da Constituição da República Portuguesa. Depois, analisamos o importantíssimo Decreto 192/IX que deu origem à lei nº 38 de 2004 que veicula os princípios norteadores das políticas de reabilitação e inclusão das pessoas com deficiência e destaca o papel do Estado português neste assunto e, por fim, é necessário analisar os diplomas legislativos que, teoricamente, dão efetividade a esta lei.

Os direitos fundamentais do ordenamento jurídico português estão consagrados na Primeira parte da CRP, entre os artigos 12º e 79º sendo que os dispositivos que mais interessam ao presente trabalho, além dos princípios gerais constantes do título I da primeira parte da CRP, são os seguintes: art. 47º, nº 2, relativo ao acesso à função pública; o art. 50º relativo ao direito de acesso a cargos públicos e o art. 71º que destaca o dever do Estado para com os cidadãos portadores de deficiência e estabelece outros direitos desses cidadãos.

Seguindo a ordem contrária, é importante analisar em primeiro lugar o art. 71º da CRP, o qual diz: "1. Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente **dos direitos e estão sujeitos aos deveres** consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados. 2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e **integração dos cidadãos portadores de deficiência** e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores. 3. O Estado apoia as organizações de cidadãos portadores de deficiência. " (**Grifos nossos**)

A partir da leitura do nº 1 deste dispositivo torna-se óbvio dizer que os cidadãos portadores de deficiência gozam dos direitos fundamentais consagrados nos artigos 47º e 50º da CRP, a seguir destacados, da mesma forma que os não portadores, com a exclusão daqueles "para os quais se encontrem incapacitados".

Desta forma, destaca-se o que a Constituição diz acerca do papel do Estado na efetivação do direito à autodeterminação das pessoas com deficiência e sua obrigação de realizar uma política nacional que permita a esses cidadãos gozarem de forma mais completa seus direitos constitucionalmente consagrados.

O art. 47º, nº 2, por sua vez, enuncia: "(...) 2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso"

Com isso, é possível afirmar que as pessoas portadoras de deficiência gozam, em condições de igualdade perante outros cidadãos, do direito de acesso à função pública.

O art. 50º diz o mesmo, porém quanto aos cargos públicos eletivos, ou seja, estabelece o mesmo direito de acesso, mas o consagra de forma que todos os cidadãos portugueses possam exercer seus direitos políticos passivos.

Passada a leitura da Constituição da República Portuguesa a questão que se impõe é: como o legislador ordinário português efetiva os direitos relativos à autodeterminação das pessoas com deficiência consagrados na Carta de direitos fundamentais da União Europeia e na CRP?

O Decreto nº 192/IX, aprovado em 24 de junho de 2004 e que deu origem à Lei 38/04 veio para revogar a Lei nº 9/89 (art. 51º da Lei nº38/04) e, para dar concretude ao que diz a CRP nos dispositivos supracitados ao definir as "bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação e participação da pessoa com deficiência. "

O diploma dispõe em seu art. 2º a noção de pessoa com deficiência, estabelecendo que "considera-se se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas"

Além disso, a lei coloca como seus objetivos primordiais a promoção da igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência, de oportunidades de educação, formação e trabalho, de acesso aos serviços e apoio e a eliminação de barreiras e adoção de medidas que visem sua plena participação na vida em sociedade.[3]

Em seu capítulo II, o diploma veicula os princípios fundamentais que devem nortear a política de prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência. Dentre estes princípios destaca-se aquele consagrado no art. 4º do diploma, o denominado "Princípio da singularidade" que vem conceituado da seguinte forma: "À pessoa com deficiência é reconhecida a singularidade, devendo a sua abordagem ser feita de forma diferenciada, tendo em consideração as circunstâncias pessoais. "

Diante disso, conclui-se que, através de uma combinação deste dispositivo com o art. 47, nº 2 da CRP as pessoas portadoras de deficiência física ou mental

3- Artigo 3º da Lei nº 38/2004, de 18 de Agosto.

gozam do direito de acesso à função pública sendo este limitado pelas circunstâncias pessoais e (in)capacidades.

E como isso deve ser feito? O artigo 28º, nº 3 do mesmo diploma determina que cabe à Administração Pública proceder à contratação de pessoas com deficiência em percentagem igual ou superior a 5%.

Sobre isso, o artigo 46º da Lei nº 59 de 11 de Setembro de 2008, que aprova o Regime do Contrato de trabalho em Funções Públicas, diz: "1 - O trabalhador com deficiência ou doença crónica é titular dos mesmos direitos e está adstrito aos mesmos deveres dos demais trabalhadores **no acesso ao emprego**, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, **sem prejuízo das especificidades inerentes à sua situação.** 2 - **O Estado deve estimular e apoiar a acção da entidade empregadora pública na contratação de trabalhadores com deficiência ou doença crónica.** 3 - O Estado deve estimular e apoiar a acção da entidade empregadora pública na readaptação profissional de trabalhador com deficiência ou doença crónica superveniente." (**Grifos nossos**)

O mesmo diploma diz em seu artigo 51º que podem ser estabelecidas por lei medidas especiais de proteção ao trabalhador com deficiência, particularmente no que respeita à sua admissão, condições de prestação da atividade e adaptação de postos de trabalho.

Nota-se, até aqui, que o legislador português vem atuando em relação ao tema, porém, surgem outras questões a serem respondidas mais à frente: *estes diplomas legislativos vêm sendo cumpridos? Como? Qual o grau de contribuição destas medidas para a autodeterminação das pessoas com deficiência?*

O Regime Jurídico das quotas de emprego na administração pública é estabelecido pelo Decreto Lei nº 29 de 3 de fevereiro de 2001 e determina que as pessoas portadoras de deficiências físicas ou mentais de qualquer ordem com um grau de incapacidade igual ou superior a 60% que possam exercer atividades dentro da administração pública apesar de apresentarem limitações funcionais ou necessitarem de adaptação do posto de trabalho ou ajuda técnica podem ser beneficiárias da quota de 5%[4] que a mencionada Lei nº 38 de Agosto de 2004 as reserva.

4- Em Acórdão de 02 de abril de 2009 de relatoria de António bento São Pedro no processo de número 0901/08 cujo objeto era "concurso externo para provimento de Educadores de Infância e Professores do Ensino básico e Secundário" a 1ª turma do Supremo tribunal Administrativo decidiu:

Este sistema passou a ser aplicado em 3 de maio de 2001[5] a todos os concursos abertos para integração de trabalhadores nos organismos da administração pública local e central, além de ser exigido em seleção de pessoal que se destinem à celebração de contratos administrativos de provimento e contratos de trabalho a termo certo e por fim se aplicam aos institutos públicos que revistam a natureza de serviços personalizados do Estado ou de fundos públicos desde que os concursos sejam abertos para o preenchimento de: "1 ou 2 vagas - o candidato que possua uma deficiência tem preferência em igualdade de classificação, que prevalece sobre qualquer outra preferência legal; 3 a 10 vagas - é garantida a reserva de um lugar para candidatos que possuem uma deficiência; mais de dez vagas - fixada uma quota de 5% do total do número de lugares postos a concurso"[6]

A exceção que o Decreto 20/2001 estabelece é quanto "aos concursos de ingresso nas carreiras com funções de natureza policial das forças e serviços de segurança e do Corpo da Guarda Prisional" (art. 3º, nº 4 do Decreto)

O acompanhamento da aplicação deste sistema é feito a partir da comunicação anual dos órgãos da administração à Direção-geral da Administração e Emprego Público informando a abertura e o número de vagas dos concursos. Esta Direção **deve** informar o Instituto Nacional para Reabilitação.

A capacidade do candidato para o preenchimento de vaga na administração pública é avaliada pelo júri de concurso de acordo com o conteúdo funcional do lugar para o qual se candidata.

Em caso de dúvida, o júri responsável pela avaliação pode recorrer à Entidade de Recurso Técnico Específico (ERTE) composto por membros dos Ministérios da Saúde, do Trabalho e da Solidariedade, do Ambiente e do Ordenamento do Território e da Reforma do Estado e da Administração Pública e os quais publicaram um despacho conjunto em 17 de novembro de 2001, o Despacho nº 1006/2001.

"(...) o número de lugares reservados nos concursos para preenchimento dos quadros das escolas do ensino não superior seja aferido em relação a cada Escola e por grupo de docência, na medida em que só é materialmente possível a colocação dos professores em lugares concretos de uma determinada escola e grupo. Não é materialmente possível preencher, em primeiro lugar (como determina o art. 8º, n.º 1 do Dec. Lei 29/2001), os lugares não reservados, sem que estes estejam concretamente individualizados. E não é possível concretizar os lugares reservados e não reservados a não ser reportando-os a cada escola e grupo de docência. "

5- Antes regulamentava a aplicação do art. 51º da Lei nº 9/1989.

6- *SISTEMA de quotas de emprego para pessoas com deficiência*. Instituto Nacional para a Reabilitação. Disponível em <http://www.inr.pt>. Acesso em 20.mai.2015. 2011.

A ERTE, segundo o mencionado despacho é composta por um representante de cada um dos seguintes organismos: i) Direção-Geral da Administração Pública, ii) Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência, iii) Conselho nacional para Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência, iv) Direção-geral da Saúde e v) Direação-Geral das Autarquias Locais.

Nota-se, portanto, que o Estado vem se esforçando legislativamente para efetivar a integração das pessoas portadoras de deficiências no serviço público, utilizando este meio para promover a integração profissional desta minoria e com isso abrindo portas para uma maior promoção de seu Direito Fundamental à Autodeterminação, resguardado a nível internacional, comunitário e nacional.

Resta analisar se o mencionado esforço é feito apenas no plano legislativo ou se também é posto em prática, ou seja, se o Estado apenas cumpre sua função quanto a esta matéria produzindo leis com o objetivo de satisfazer suas obrigações para com o que determina a União Europeia ou se transpõe eficaz e eficientemente as medidas previstas na legislação para a prática e com isso promove mudanças significativas para a integração profissional dos portadores de deficiências através do serviço público.

3. A (in)efetividade das políticas de integração profissional dos deficientes em Portugal.

Antes de focar novamente no regime jurídico para integração dos deficientes no serviço público em Portugal é necessário analisar se as estratégias da União Europeia para a integração profissional dos portadores de deficiência vêm gerando os efeitos por ela desejados ou se os resultados alcançados até o momento estão aquém dos objetivos traçados.

Partindo, portanto, de uma perspectiva europeia para depois observar de perto os resultados até aqui obtidos especificamente por Portugal com estas medidas, procuramos avaliar o grau de efetividade das políticas de inclusão profissional dos deficientes no serviço público português em comparação com outros Estados Membros.

De acordo com os últimos dados apresentados pela União Europeia[7] a diferença das taxas de empregabilidade na comunidade é de 26% se compararmos pessoas portadoras de deficiências físicas ou mentais e pessoas sem nenhuma destas características.

Diante deste número são inegáveis as desigualdades ainda existentes apesar das medidas tomadas pelos órgãos comunitários em direção à igualdade de oportunidades para todos os cidadãos europeus.

Os esforços da UE, a partir de sua competência compartilhada com os Estados, neste tema estão refletidos na "*Employment Equality Directive"* a qual não vem sendo corretamente implementada pelos membros diante da falta de urgência que estes dão para os direitos dos portadores de deficiência, principalmente nestes tempos de crise.

Quando se trata de políticas de empregabilidade de minorias, atualmente, vêm sendo utilizadas pelos Estados Membros (e não membros da União) as chamadas "políticas de quotas", as quais já foram mencionadas quanto ao caso de Portugal e que estabelecem uma determinada porcentagem dos postos de trabalho a pessoas com maiores dificuldades de acesso a estes.[8]

O primeiro país a utilizar esse tipo de política de inclusão profissional para os deficientes foi a Alemanha em 1950, ano em que determinou o preenchimento de 10% das vagas para os setores público e bancário.

Apesar de ter sido uma política efetiva à época não é o que vem sendo observado atualmente, visto que além de as medidas propostas pelos Estados serem extremamente restritivas a crise económica que atingiu o continente agravou a situação deixando a Comunidade Europeia aquém do seu objetivo de alcançar uma taxa de empregabilidade de portadores de deficiências de 75% até 2020[9], no momento está 30% abaixo deste número.

Em Portugal este problema de baixa taxa de empregabilidade dos deficientes é ainda pior, razão pela qual o Estado vem sendo apontado como um dos Estados Membros com a maior taxa de desemprego de pessoas portadoras de deficiência e acusado de falhar com os objetivos da União Europeia para o assunto.

7- European Union Statistics on Income and Living Conditions 2012 (EU-SILC). Disponível em <http://ec.europa.eu/eurostat/web/microdata/european-union-statistics-on-income-and-living-conditions>. Acesso em 10.set.2016.

8- Por motivos étnicos, sócio-economicos, deficiências, gênero, etc.

9- European Disability Strategy 2010 – 2020. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Aem0047>. Acesso em 10.set.2016.

Uma das razões talvez seja a extrema burocratização com relação à documentação que deve ser apresentada pelos deficientes para usufruírem dos benefícios oferecidos pelo Estado e quanto ao acesso aos postos de trabalho no setor público a eles oferecidos não é diferente. A isso, acresce-se a má formação dos funcionários públicos responsáveis pela avaliação dos mencionados documentos.

Para gozarem dos benefícios oferecidos pelo Estado, os cidadãos portugueses (ou residentes em Portugal) portadores de deficiência - entre estes incluso o de candidatarem-se às vagas reservadas a pessoas nestas condições no setor público -, devem munir-se de toda a documentação clínica 'relevante' de que disponham para que possam obter junto ao Centro de Saúde da sua área de residência e requerer ao Delegado Regional de Saúde a convocação de Junta Médica para avaliação da sua incapacidade com emissão do respectivo atestado de incapacidade o qual discriminará o grau desta.

Sendo seu grau de incapacidade igual ou superior a 60% (nível necessário para o preenchimento das vagas reservadas em concursos de acesso à administração pública a portadores de deficiências físicas ou mentais) devem apresentar-se para registo - **em cada ano civil**!-, junto da unidade de saúde familiar ou unidade de cuidados de saúde personalizados, um atestado multiuso emitido de acordo com o que diz o Despacho 26432/2009 da Direção-Geral da Saúde. (Informação, 2015)

Diante destas exigências torna-se possível concluir que se um portador de deficiência física ou mental que necessita de ajuda para se locomover, por exemplo, e não consegue esse auxilio de nenhuma forma terá maiores dificuldades para poder se candidatar ao preenchimento de vagas para as quais é apto e por não ter como cumprir com os requisitos burocráticos verá seu direito esquecido e, consequentemente, terá a efetivação de seu direito fundamental à autodeterminação prejudicado.

Portanto, podemos apontar como um dos maiores empecilhos para o cumprimento da legislação portuguesa destinada a efetivar a integração profissional dos portadores de deficiência o excesso de formalismo exigido para o exercício dos direitos a estes garantidos.

Em artigo de publicação recente (16 de abril de 2015)[10] a Presidente da Associação Nacional dos Amputados (ANAMP) deu destaque para um facto muito importante: apesar de a legislação garantir as quotas para a integração profissional dos portadores de deficiência física na administração pública, não há nenhuma informação quanto à efetivação desta medida.

O mesmo facto acontece quanto aos deficientes mentais, sendo os meios de informação de massa, como a internet e os jornais de grande circulação, as maiores fontes de dados quanto aos números relativos à empregabilidade dos portadores de deficiência e quanto a efetivação da integração profissional dos deficientes através de quotas nos concursos de acesso ao serviço público.

Além destas fracas e não tão confiáveis fontes de informação foram produzidos estudos ligados ao tema que apontam a ausência do Estado na efetivação da legislação relativa ao acesso dos deficientes ao serviço público.

Um deles é um estudo denominado “avaliação do impacto dos planos de austeridade dos Governos Europeus sobre os direitos das pessoas com deficiência” apresentado no encontro sobre deficiência e inclusão, realizado em Lisboa no ano de 2013 de responsabilidade do Consórcio Europeu de Fundações para os Direitos Humanos e a Deficiências.

O relatório de Portugal[11] avaliou os efeitos indiretos das medidas de austeridade nos direitos dos portadores de deficiência a partir de dados recolhidos a partir de pesquisas documentais e entrevistas realizadas com órgãos e organizações responsáveis pela garantia destes direitos.

Sobre o acesso e presença dos deficientes no serviço público este relatório destaca: “(...)o impacto da crise financeira sobre os direitos das pessoas com deficiência é visível nas barreiras que as pessoas com deficiência enfrentam para fazer cumprir os requisitos necessários à efetiva igualdade de oportunidades.

Existem em Portugal lacunas persistentes relativamente a indicadores de igualdade relacionados com a deficiência, se bem que exista alguma legislação que exige que os órgãos públicos implementem políticas de igualdade. É o caso, por exemplo, da implementação de um sistema de quotas no sector público (Decreto-Lei 29/2001 de 3 de Fevereiro) (...) um estudo de 2006 do Instituto Nacional de

10- DIREITO dos Deficientes. O Jornal Econômico. Disponível em <http://oje.pt>. Acesso em 21.mai.2015.
11- Impacto dos Planos de Austeridade dos Governos Europeus nos Direitos das Pessoas com Deficiência: Relatório de Portugal. Acesso em 20.mai.2015.

Administração (INA)[12] demonstrou que **a Administração Pública portuguesa empregava nesse ano apenas cerca de 3.000 pessoas com deficiência**, um número que corresponde a **menos de 1% de todos os trabalhadores públicos.**

Destes, 80% apresentavam incapacidades relacionadas com o diagnóstico de cancro, **o que indica que já seriam funcionários públicos quando adquiriram as suas deficiências.** O estudo concluiu, portanto, que o recrutamento de trabalhadores com deficiência por parte da Administração Pública em Portugal tem sido marginal. É pouco provável que esta situação venha a mudar drasticamente no contexto atual de restrição financeira." (**grifos nossos**).

4. Conclusões

De acordo com os mencionados estudos é notório que a Administração Pública portuguesa não vem cumprindo com sua obrigação de integração de deficientes nos seus quadros e com a crise financeira esta situação veio a ser agravada, visto a necessidade de cortes nos gastos do Estado e consequentemente a diminuição do número de vagas no serviço público para os portadores e para os não portadores de deficiências, sendo os primeiros mais afetados em virtude de ter uma menor empregabilidade na iniciativa privada, como demonstra o supracitado relatório através de um estudo feito com base nas empresas portuguesas ou com sede em território nacional[13]: "Um estudo recente constatou que apenas 1,2% dos trabalhadores de médias e grandes empresas (com mais de 100 funcionários) de Portugal são pessoas com deficiência."

O relatório ainda aponta as principais falhas do Estado Português quanto ao (des)cumprimento das medidas propostas pela União Europeia, como a já mencionada falta de dados: "Impacto no Artigo 31 - Estatísticas e recolha de dados **Não existe qualquer evidência de um impacto negativo das medidas de austeridade na produção de estatísticas e na recolha de informação relacionadas com a deficiência.** No entanto, deve afirmar-se que existe em Portugal uma **enorme falta de estatísticas relacionadas com a deficiência.**

Nos grandes inquéritos nacionais não são recolhidos, de forma sistemática, dados desagregados relacionados com as pessoas com deficiência, o que dificulta

12- GONÇALVES, J. *O Emprego das Pessoas com Deficiências ou Incapacidade* – Uma abordagem pela igualdade de oportunidades. Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento do MTSS. 2012.
13- INSTITUTO Nacional para a Reabilitação, (2012). Relatório da Monitorização da Implementação da Estratégia Nacional para a Deficiência durante o ano de 2011. Lisboa: Instituto Nacional para a Reabilitação.

comparações entre pessoas com e sem deficiência. Além disso, **existe também uma falta de dados específicos sobre as pessoas com deficiência** – o primeiro estudo oficial sobre pessoas com deficiência, o Inquérito Nacional às Incapacidades, Deficiências e Desvantagens, ocorreu em 1995. Desde então, não voltou a ser repetido. Os Censos de 2001 e de 2011 incluíram algumas perguntas sobre deficiência. Os dados dos Censos de 2011 ainda não estão disponíveis. Além disso, no primeiro trimestre de 2011, o Inquérito à Força de Trabalho incluiu um módulo *ad hoc* sobre o emprego de pessoas com deficiência. Estes dados ainda não estão publicados". (**grifos nossos**)

A política de acesso dos deficientes ao funcionalismo público é um assunto sensível no contexto de Portugal, tal trabalho só serve para despertar a importância e voltar-se os olhos para essa minoria da população que merece os direitos conforme densificado nos acordos internacionais.

Com a análise dos documentos em forma de relatórios, pode-se notar que Portugal não vem cumprindo com o estabelecido em sua própria legislação, ou pelo menos vem dificultando muito esse acesso dos deficientes ao funcionalismo público, através de requisitos burocráticos excessivos, facto que torna bem remota a inclusão de pessoas com algum tipo de debilitação mental ou física, nos quadros da carreira pública portugueses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

COFFEY, Amanda, 2004, *Reconceptualizing Social Policy. Sociological perspectives on contemporary social policy*, Maidenhead, Open University Press.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2003, *Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência: Plano de Acção Europeu*, Bruxelas .

COORDENADORIA NACIONAL PARA A INTEGRAÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE

DEFICIÊNCIA, 2000, *Cidadania & Inclusão – Gestão da Política de Inclusão das Pessoas Portadoras de Deficiência*, Brasília.

DIREITO dos Deficientes. O Jornal Econômico. Disponível em <http://oje.pt>. Acesso em 21.mai.2015.

EUROPEAN AGENCY FOR DEVELOPMENT IN SPECIAL NEEDS EDUCATION, 2002, *Transição da Escola para o Emprego: principais problemas, questões e opções enfrentadas pelos alunos com necessidades educativas especiais em 16 países europeus*, Bruxelas.

European Disability Strategy 2010 – 2020. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Aem0047>. Acesso em 10.set.2016.

European Union Statistics on Income and Living Conditions 2012 (EU-SILC). Disponível em <http://ec.europa.eu/eurostat/web/microdata/european-union-statistics-on-income-and-living-conditions>. Acesso em 10.set.2016.

GONÇALVES, J. *O Emprego das Pessoas com Deficiências ou Incapacidade* – Uma abordagem pela igualdade de oportunidades. Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento do MTSS. 2012.

HEINEMANN, K. (2003). Introdicción a la Metodología de la Investigação Empírica Barcelona, Editorial Paidotribo.

HESPANHA, Pedro, *et al.*, 2000, *Entre o Estado e o Mercado. As fragilidades das instituições de protecção social em Portugal*, Coimbra, Quarteto.

IMPACTO dos Planos de Austeridade dos Governos Europeus nos Direitos das Pessoas com Deficiência: Relatório de Portugal. Observatório da Deficiência e Direitos Humanos. Disponível em <http://oddh.iscsp.utl.pt>. Acesso em 20.mai.2015.

INFORMAÇÃO - Definição de "Pessoa com Deficiência. Best Medical Opinion. Disponível em <http://www.bmop.pt>. Acesso em 20.mai.2015.

INSTITUTO Nacional para a Reabilitação, (2012). Relatório da Monitorização da Implementação da Estratégia Nacional para a Deficiência durante o ano de 2011. Lisboa: Instituto Nacional para a Reabilitação.

MINISTÉRIO DO EMPREGO E DA SEGURANÇA SOCIAL, Despacho Normativo n.º 75/92 [Estabelece normas reguladoras de cooperação entre os centros regionais de segurança social e as instituições particulares de solidariedade social], *Diário da República*, 1.ª Série-B, n.º 116, 20 de Maio de 1992, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

MINISTÉRIO DOS ASSUNTOS SOCIAIS, Decreto-Lei n.º 119/83 [Aprova o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social], *Diário da República*, 1.ª Série, n.º 46, 25 de Fevereiro de 1983, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2004, *Classificação Internacional de Funcionalidade,Incapacidade e Saúde*, Lisboa, Direcção-Geral da Saúde.

SISTEMA de quotas de emprego para pessoas com deficiência. Instituto Nacional para a Reabilitação. Disponível em <http://www.inr.pt>. Acesso em 20.mai.2015. 2011.

UNESCO, 1994, “Declaração de Salamanca e Enquadramento da Acção na área das Necessidades Educativas Especiais”, In: *Inovação*, Lisboa, vol. 7, n.º 1.

UNIÃO EUROPEIA, 2004, *Desafios do Movimento da Qualidade ao Sistema e às Organizações que Promovem a Empregabilidade e o Emprego das Pessoas com Deficiência*. Projecto GESQUAL, Bruxelas.

Combate às drogas x proteção dos direitos humanos – um estudo no Brasil dos últimos 10 anos

Guilherme Augusto Souza Godoy[1]

Misael Neto Bispo da França[2]

Resumo

Em 2016, dois episódios marcam o dilema brasileiro entre combate às drogas e proteção dos direitos humanos. Comemoram-se dez anos da Lei n. 11.343/2006, denominada de "Lei de drogas", e constata-se a iniciativa da Procuradoria Geral da República de federalizar o que ficou conhecido como "chacina do Cabula". A política criminal antidrogas brasileira, a pretexto de proteger direitos humanos, revela uma tendência que elege inimigos, retirando-lhes garantias básicas, em violação aos direitos da pessoa humana. Há, no Brasil, um terrorismo alimentado pelo combate intitulado “guerra às drogas”? Isso diminuiria ao mudar a política de regulação das drogas? Em 2015, muitas legislações foram alteradas nesse sentido, e essa é a tendência. O departamento de drogas da Organização das Nações Unidas promoveu Assembléia Geral para debater o problema mundial das drogas, encontro que estava inicialmente marcado para 2019. A regulamentação das drogas vem sendo implantada de variadas formas, de acordo com as necessidades, contextos e possibilidades. Contrariamente à criminalização, pode haver legalização, despenalização ou descriminalização, conceitos que podem ser relativos ao consumo, comércio ou produção de drogas. Pode, ainda, ter finalidade medicinal ou recreativa, de todas as drogas ou especificá-las. Vamos, com o trabalho, analisar o contexto brasileiro.

Palavras-chave: Drogas, Terrorismo, Garantias, Direitos Humanos.

Abstract

In 2016, two episodes mark the Brazilian dilemma between drug combats and protection of human rights. Celebrating up ten years of Law. 11.343/2006, called

1- Doutorando e Mestrando em Criminologia pela Universidade do Porto; pesquisador no Grupo de Pesquisa/CNPQ "História Social do Crime" na UFAL; especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UFMT e em Direito Público pelo ICE/MT. http://bit.ly/guilhermegodoy drugscrim@gmail.com

2- Mestre em Direito Público-UFBA; Professor de Prática Penal e Processo Penal-UFBA; Analista do Ministério Público Federal – Brasil. juridicoabr@gmail.com

"Drug Law", and notes to the initiative of the Attorney General's Office of federalized what became known as " Cabula Slaughter". The Brazilian criminal drug policy under the guise of protecting human rights, reveals a trend that elects enemies by removing them basic guarantees, in violation of the rights of the human person. There is in Brazil a terrorism fueled by fighting called "war on drugs"? This would reduce to change the regulation of drugs policy? In 2015, many laws have been amended accordingly, and this is the trend. The United Nations drug department promoted General Assembly to debate the world drug problem, a meeting that was originally scheduled for 2019. The regulation of drugs has been implemented in different ways according to the needs, contexts and possibilities. Contrary to criminalization, there may be legalization, depenalization or decriminalization, concepts that can be related to consumption, trade and production of drugs. It may also have medicinal or recreational purposes, of all drugs or specify them. Come on, work with, analyze the Brazilian context.

Keywords: Drugs, Terrorism, Guarantees, Human Rights.

1- Introdução

O trabalho foi sendo construído por dois pesquisadores da área criminal, um especialista em regulação das drogas e criminologia, que desenvolveu a parte do trabalho pertinente ao tema e o outro em terrorismo, Direito Penal e Direitos Humanos, responsável pelas respectivas partes do paper, ambos com uma visão convergente, nas complementariedades dos temas.

Convém analisar, criticamente, as consequências do Direito Penal do inimigo na política de regulação das drogas no Brasil, aliado à expansão do Direito Penal, como tentativa de arrefecer os temores da sociedade contemporânea.

Na mesma toada do combate ao terrorismo, o traficante tem sido tratado como objeto da persecução penal pública brasileira, com a supressão de garantias fundamentais do direito e do processo penal clássico.

Fala-se, então, na busca pela efetivação dos direitos humanos neste contexto, a partir do reconhecimento daqueles "inimigos" como sujeitos de direito, valendo abordar a jurisprudência pátria sobre o tema.

Em 2006 entrou em vigor no Brasil a atual Lei de Drogas (11.343/06), sendo a despenalização do consumo de drogas a principal mudança. A antiga lei de drogas

(6.368/76) perdurou 30 anos, esta já trazia uma inovação, tendo em vista que antes dela o tráfico e o consumo de drogas eram tipificados no mesmo artigo (251), que foram substituídos pelos artigos 12 e 16 (na época isso virou até Samba, na voz do saudoso Bezerra da Silva).

Na nova lei permanecem estes dois dispositivos em artigos distintos, deixou de haver desde então a previsão de pena privativa de liberdade para o consumo de drogas, mas ainda há conflito na distinção destes dois crimes, que fica por conta da discricionariedade da polícia, no ato da apreensão e do juiz na homologação, sem outros meios de distinção.

A descriminalização do uso de drogas e a quantidade limite para diferenciar usuário e traficante foram alvo das discussões em torno do projeto de novo Código Penal brasileiro, que, atualmente, encontra-se pendente de aprovação no Congresso Nacional.[3]

No Brasil é comum um fenômeno denominado judicialização da política[4], quando a lei tem imperfeições que passam a ser corrigidas pelo Judiciário. Este ano (2016), quanto ao tráfico de drogas, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o tráfico privilegiado não era considerado crime hediondo[5]. Quanto ao consumo de drogas, está em trâmite o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, que foi configurado como Repercussão Geral, onde está em causa a constitucionalidade do artigo 28.

A respeito do tema, cabe registrar o entendimento que se firmou no Superior Tribunal de Justiça-STJ, a respeito da ordem de realização do interrogatório judicial, no contexto da Lei de drogas:

> HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO.

3- A comissão de juristas responsável pelo anteprojeto do novo Código Penal definiu que a proposta descriminalizará o uso de drogas. Pelo texto aprovado na manhã desta segunda-feira (28), caberá ao Poder Executivo regulamentar a quantidade de substância que uma pessoa poderá portar e manter sem que se considere tráfico. O anteprojeto será submetido ao trâmite legislativo regular após a conclusão dos trabalhos da comissão. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3133294/proposta-do-novo-codigo-penal-descriminaliza-uso-privado-de-drogas. Acesso em 29/09/2016

4- Barroso, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

5- Supremo Tribunal Federal. *Crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda, decide STF*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638>. Acesso em 15.set.2016.

> SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. PREJUDICIALIDADE. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INVERSÃO DA ORDEM. PREVALÊNCIA.
> LEI ESPECIAL. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. 2. A superveniência da sentença condenatória constitui novo título legitimador da custódia, o que torna prejudicada a impetração quanto ao pedido de revogação da prisão preventiva. 3. O regramento específico estabelecido no art. 57 da Lei n. 11.343 /2006 prevalece sobre a regra geral do Código de Processo Penal , sendo legítimo o interrogatório do réu antes da oitiva das testemunhas (precedentes do STJ e do STF). 4. Habeas corpus em parte prejudicado e, no mais, não conhecido. (**STJ - HABEAS CORPUS HC 245752 SP 2012/0122399-4. Data de publicação: 06/03/2014)**

O artigo 57, da lei em comento, estabelece que o interrogatório do acusado de tráfico é o primeiro ato da instrução criminal, apartando-se da sistemática adotada pelo Código de Processo Penal reformado em 2003, que reposicionou este ato como último da instrução. Desta forma, referido Código, de raízes inquisitoriais, aproximou- se dos influxos constitucionais, sobretudo em atenção aos princípios do contraditório e ampla defesa, bem como da paridade de armas (isonomia processual).

Malgrado o entendimento do STJ, acima registrado, convém ter em mente que, em um sistema acusatório, que enxerga o acusado como sujeito de direitos, o interrogatório deve ser visto como fonte de prova e meio de defesa, razão pela qual sua fixação no último lugar dos atos instrutórios revela melhor compatibilidade com os direitos humanos em jogo.

O referido fenômeno tem raízes no que se convencionou denominar de racionalidade penal moderna, que passou a justificar a expansão do Direito Penal e é fruto do processo de encurtamento de distâncias engendrado no âmbito da globalização econômica e da supranacionalização política. Com base nesta racionalidade, uma série de princípios e garantias do Direito Penal passaram a sofrer flexibilizações, no afã de arrefecer os temores de uma sociedade do risco/medo.

Analisando as pontificações de Beck e Baumann acerca do mesmo fenômeno, Marcus Gomes e Fernando Albuquerque pontificam:

> Embora sob enfoques diferentes, o que é interessante notar, a partir

> desses dois autores, é que o processo de globalização marcado pela modernização, pela quebra de fronteiras e pelo avanço tecnológico, possui relação com o surgimento de um fenômeno social caracterizado pelo sentimento generalizado de insegurança, diante da incerteza, da imprevisibilidade ou da incontrolabilidade característica das sociedades globalizadas.6

Tais flexibilizações chegaram ao campo da produção das leis penais, que, elegendo o autor do fato como inimigo, submeteu-lhe a persecução penal muito mais severa do que aquela que submete o "cidadão". Alude-se, aqui, à principal tese de Jakobs, sobre a política criminal antiterror: o Direito Penal do Inimigo. Neste lanço, vale trazer o seguinte excerto, que evidencia a gravidade das consequências da adoção de tal paradigma no Direito brasileiro. Trata-se da votação do HC 118533, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu por retirar a hediondez do tráfico privilegiado[7] como se atesta, *in verbis*:

> O voto do ministro Lewandowski apresenta dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen) do Ministério da Justiça que demonstram que, das 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade (homens e mulheres), 28% (174.216 presos) estão presas por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. “Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres em situação de privação de liberdade estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico”, afirmou o ministro, ressaltando que hoje o Brasil tem a quinta maior população carcerária do mundo, levando em conta o número de mulheres presas.[8]

6- *In:* PINHO, Ana Cláudia Bastos de. et. al. *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 73-92

7- Art. 33 (...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

8- Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638. Acesso em 26/09/2016.

Segundo este autor, determinada categoria de pessoas (imigrantes, terroristas, etc.) seria desprovida das garantias básicas do direito e do processo penal, em razão da gravidade dos crimes que cometeram, o que permite aduzir que sua concepção a respeito de tais indivíduos seria de se tratar de "não-pessoas".

2- A racionalidade penal moderna, como consequência do expansionismo do Direito Penal contemporâneo

Sánchez[9] identificou este estágio da expansão do Direito Penal com terceira velocidade do sistema punitivo, aquela calcada sobre a prisão, como sanção penal por excelência, e na supressão de garantias fundamentais da matéria. A primeira velocidade, aduz, seria marcada pela noção clássica do Direito Penal de Beccaria, que permite a prisão, desde que observados os princípios básicos do poder de punir; por seu turno, a segunda velocidade trabalharia com a ausência de privação da liberdade e, em compensação, com a relativização das garantias mencionadas, o que levou Hassemer[10] a denominá-la de "Direito de Intervenção ou Administrativo Sancionador".

Pois bem, é na terceira velocidade que se tem situado a política de drogas brasileira; ao menos, é o que se observa quando do desrespeito aos princípios básicos de uma persecução penal humanizada. Como exemplos de tal política, tem- se a hediondez do tráfico, como regra, e a previsão do interrogatório do acusado como primeiro ato da instrução.

3- A questão dos direitos humanos na política criminal antidrogas

Neste contexto, surge a preocupação em garantir os direitos humanos daqueles que respondem por tais delitos. Aliás, a temática da valorização da dignidade da pessoa humana, fruto das conquistas libertárias da França, consta das principais normas internacionais do ocidente, valendo mencionar a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

9- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansão do direito penal.* Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

10- HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Disponível em <http://www.juareztavares.com/textos.html> Acesso em: 29 mai. 2016.

A ideia de proteção dos direitos humanos está centrada no reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos. A partir das conquistas iluministas, o ser humano passou a ser reconhecido como detentor de um valor inato, que o impede de ser utilizado como meio para a consecução dos fins do Estado. Em outros termos, referido valor exige que todas as providências públicas converjam para a realização do individuo.

Esta concepção kantiana implicou a positivação da dignidade da pessoa humana, nos diplomas legais e constiuições ocidentais, em clara tendência a proteger os direitos humanos. No ensejo, calha registra passagem de Kant, que ilustra a assertiva, como segue:

> [...] O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.(...) Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas [*], ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio [...]".*11*

Sucede que, como consequência do processo de globalização iniciado ao final do século XIX, houve o clamor da sociedade por mais repressão, sobretudo quando considerado o modo de vida contempornâneo, responsável pela criação de novos riscos e, consequentemente, novas formas delitivas.

No cerne desta questão reside o binômio: combate ao tráfico x observância dos direitos humanos.

Trata-se de conflito que merece abordagem casuística, ponderando-se os interesses em busca da solução que melhor atenda à efetivação da dignidade

11- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Introdução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70 Ltda., 2009. p. 72.

humana. Neste nexo, não se revela razoável sacrificar garantias universais, de há muito conquistadas, em prol da suposta atenuação do medo que assola a sociedade contemporânea.

Impende, então, analisar como, em termos práticos, pode ser concebida a ponderação de interesses proposta, a partir das experiências acerca da regulação do uso das drogas.

4- Regulação das drogas – Principais conceitos e experiências

O proibicionismo quanto a produção, comércio e consumo de drogas se concretizou, em normativos internacionais, nas Conferências de Shangai (1909) e de Haia (1912), gerando, a partir daí, adesão crescente a esta vertente. No século XX, a Convenção Única sobre os Estupefacientes (1961), a Convenção de Viena sobre os Psicotrópicos (1971) e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (1988) têm uma adesão praticamente universal. Consolidando-se a idéia de proibição com criação de mecanismos repressivos, num sentido de «guerra às drogas», oriunda do discurso da declaração do presidente dos Estados Unidos, em 1971, Richard Nixon[12].

As principais formas de regulação das drogas, contrárias à criminalização, são a despenalização, descriminalização e legalização. Em 2015 houve um *boom* de alterações legislativas, aplicações e discussões neste âmbito, cada qual com suas particularidades adaptadas ao contexto de aplicação (cenário político, econômico, costumes, principal problemática). Para além do dispositivo brasileiro, podemos verificar outros para ilustrar exemplos dos outros tipos de regulação.

Caballero e Bisiou[13] entendem que Redução de Danos (ou de Riscos) é uma forma de regulação das drogas, sendo importante a implantação de programas que garantem melhor qualidade das drogas e/ou do local de uso e/ou dos meios para uso. Exemplo disso é a distribuição de seringas descartáveis a usuários de heroína, para reduzir a proliferação da SIDA, salas de consumo assistido, entre outros. No entanto o foco deste trabalho é na problemática da punição/repressão, porquanto iremos desenvolver melhor os fatores relacionados a essa esfera da regulação das drogas.

12- Quintas e Antunes. *Das leis das drogas, seus públicos e seus limites*. Ensinamentos de experiências contemporâneas de descriminalização. Do Crime e do castigo – Temas e debates contemporâneos. Lisboa: Mundos sociais. 2015.

13- Caballero, Francis e Bisiou, Yann. *Droit de la drogue*. 2ème éd. Paris: Dalloz. XVI. 2000. 827 p.

4.1 – Despenalização e a experiência brasileira

Por despenalização podemos considerar quando, na reforma de um dispositivo penal, há uma redução do *quantum* da pena previsto para aplicação deste dispositivo. Ou ainda, quando há substituição da pena por uma sanção mais leve, ou alteração do tipo de pena, num sentido abrandador (ex. privativa de liberdade para restritiva de direito). No entanto, a pura despenalização preserva o caráter criminal (Pacula apud Pertwee)[1415].

No Brasil, houve a despenalização do consumo de todas as drogas, quando deixou de haver previsão de pena privativa de liberdade, nos casos de apreensão do porte considerado para consumo. Fato que, por manter o caráter criminal, mesmo sem pena de prisão, mantém a idéia, para a sociedade, de que o consumidor de drogas é criminoso (*labelling approach* e estigmatização)[1617181920], podendo refletir na discricionariedade do policial, no momento da apreensão das drogas e do juiz, na homologação[21].

4.1 – Descriminalização e a experiência portuguesa

A descriminalização é uma espécie de despenalização, no entanto, desvinculando o caráter criminal. Portanto tem o mesmo significado acima exposto, com exceção do caráter criminal, ou seja, o dispositivo deixa de estar tipificado em uma lei penal, passando a ter sanções civis ou administrativas, com decisões e acompanhamento através de uma dessas esferas (Pacula apud Pertwee)[2223], o que, em tese, leva a crer que a mudança da lei nesse sentido, retirará a etiquetagem e

---

14- Pertwee, Roger G.. *Handbook of Cannabis*. New York: Oxford University Press. 2014.
15- Quintas e Antunes. *Das leis das drogas, seus públicos e seus limites*. Ensinamentos de experiências contemporâneas de descriminalização. Do Crime e do castigo – Temas e debates contemporâneos. Lisboa: Mundos sociais. 2015.
16- Lloyd. *The stigmatization of problem drug users: A narrative literature review*. Drugs: education, prevention and policy, April 2013; 20(2): 85–95. DOI: 10.3109/09687637.2012.743506.
17- Becker, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The free press. 1966.
18- Goffman, Erving. *Stigma: notes on the management of spoiled identity*. London: Penguin Books. 1990.
19-Bryson, Bethany. *Symbolic Boundaries*. The SAGE Handbook of Cultural Sociology. David Inglis, Anna-Mari Almila (editores). 2016.
20- Romani, Oriol et al. *Repensar las drogas*: Hipótesis de la influencia de una política criminal liberalizadora respecto a las drogas, sobre los costes sociales, las pautas de consumo y los sistemas de recuperación. Grup Igia. 1988.
21- Nucci, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.
22- Pertwee, Roger G.. *Handbook of Cannabis*. New York: Oxford University Press. 2014.
23- Quintas e Antunes. *Das leis das drogas, seus públicos e seus limites*. Ensinamentos de experiências contemporâneas de descriminalização. Do Crime e do castigo – Temas e debates contemporâneos. Lisboa: Mundos sociais. 2015.

estigmatização acima mencionadas. Na prática esse processo (de retirar etiqueta e estigma) pode ser muito demorado e não muito eficaz tão somente pela alteração legal, podendo ser acrescido de conscientização da sociedade, através de campanhas e informações.

Em Portugal, em 2001, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 30/2000 que descriminalizou o consumo de todas as drogas, nas apreensões de até 10 doses diárias, sendo a quantidade referente a cada dose, de cada tipo de droga, estipulada na portaria n.º 94/96, anexada ao Decreto-Lei n.º 15/93. Em 2008 o Supremo Tribunal decidiu, no acórdão 8/2008, que nas apreensões em que passar deste limite, mesmo que minimamente, volta a vigorar o artigo revogado, que prevê pena privativa de liberdade para consumo de drogas, disposto no Decreto-Lei nº 15/93.

O consumo de drogas passou a ser uma contra-ordenação, quem é apreendido consumindo, até 10 doses diárias, é encaminhado às Comissões para Dissuasão de Toxicodependentes, onde é oferecido um tratamento. Se a pessoa se recusa ao tratamento terá que pagar uma coima.

Interessante destacar o antecedente desta lei, qual seja, em 1998 o governo português estabeleceu um comitê expert composto de acadêmicos e profissionais do campo em questão, para idealizar uma nova estratégia de controle de drogas, depois de um amplo debate, em que a população toda estava incluída, o Parlamento votou por essa proposta.[24] O documento foi objeto de uma discussão pública em um raro exercício de democracia participativa, resumindo-se em ação e conhecimento, ou seja, no sentindo de substituir «o prejuízo pelo conhecimento, os *slogans* pelos princípios, o dogma pelo pragmatismo: Ciência (conhecimento), ética (princípios) e arte de viver (pragmatismo)».

«Para o autor da nova lei não há lugar para repressão nem para permissividade», dando ao consumidor de drogas o direito de ser ouvido como sujeito ético-jurídico.[25]

Importante também verificar, na história de Portugal, que já na reforma do Código Penal de 1983, com a recente democracia, se inspira nos princípios humanistas, neste mesmo ano se publica uma nova lei de drogas que marca um

---

24- Agra, Cândido da. Criminology and the Portuguese Experience of Crime. Newsletter of the European Society of Criminology: Criminology in Europe. 2015/2. Vol. 14. Alemanha, Freiburg: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law. 2015.

25-Agra, Recasens et al. *Ciencia, ética y arte de vivir. Elementos para un sistema de pensamento crítico sobre el saber y las políticas de la droga.* La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Atelier. 2003.

início de ruptura com o paradigma do toxicomano-delinquente. Neste ano também, a jurisprudência do Supremo Tribunal prevê que o consumo e a posse para consumo não podem ser punidos porque a tipificação destes comportamentos viola os princípios do Estado de direito. Os princípios da intervenção mínima e da legalidade impedem a criminalização do uso de drogas, o consumidor de drogas é considerado como sujeito de direito.[26]

4.2 – Legalização e as experiências do Uruguai e dos EUA

Na legalização se elimina a atividade ou ação da lei criminal, deixando de haver sanções de qualquer esfera, passando a ser regida por um regulamento.[27][28]

No Uruguai, entrou em vigor a Lei nº 19.172, de 20 de dezembro de 2013, que legalizou o consumo, cultivo e comércio de *cannabis*.

A lei foi regulamentada através do Decreto de 6 de maio de 2014, onde estipulou-se a criação de um órgão que regulamenta, controla e fiscaliza as atividades que passaram a serem lícitas, denominado Instituto de Regulação e Controle da Cannabis (IRCCA).

Os usuários de drogas devem se cadastrar no mencionado órgão e há uma quantidade máxima de consumo. Para cultivar, também deve-se cadastrar e se submeter à fiscalização do órgão regulamentador. A venda da *cannabis* também está sob as regras controladas pelo respectivo órgão, através do Estado[29].

Nos Estados Unidos, os Estados são autônomos, cada um possuindo legislações próprias, podemos destacar os Estados do Colorado e Washington, sendo que o primeiro legalizou o consumo de *cannabis*, permitindo a sua venda condicionada, para fins recreativos, o segundo aprovou também já a possibilidade de regular e legitimar a produção, distribuição e uso, também apenas da *cannabis*[30].

Conclusão

26- Agra, Recasens et al. *Ciencia, ética y arte de vivir. Elementos para un sistema de pensamento crítico sobre el saber y las políticas de la droga.* La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Atelier. 2003.

27- Pertwee, Roger G.. *Handbook of Cannabis*. New York: Oxford University Press. 2014.

28- Quintas e Antunes. *Das leis das drogas, seus públicos e seus limites*. Ensinamentos de experiências contemporâneas de descriminalização. Do Crime e do castigo – Temas e debates contemporâneos. Lisboa: Mundos sociais. 2015.

29- Pardo, B. “Cannabis policy reforms in the Americas: A comparative analisys of Colorado, Washington,and Uruguay”, *International Journal of Drug Policy*, 25. 2014. pp. 727-735.

30- Pardo, B. “Cannabis policy reforms in the Americas: A comparative analisys of Colorado, Washington,and Uruguay”, *International Journal of Drug Policy*, 25. 2014. pp. 727-735.

Ante o exposto, tem-se que a política criminal hodierna não pode violar direitos inerentes à pessoa humana, a pretexto de dar resposta ao incremento da delinquência. No que tange ao tráfico de drogas, tratar o delinquente como inimigo, sem as mínimas garantias penais e processuais penais, constitui séria violação aos direitos humanos e, por outro lado, um retrocesso social. Neste aspecto, seminais as lições de Canotilho, o que será objeto de estudo em outra oportunidade.

Em abril de 2016 foi realizada a Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, organizada pelo Departamento de Drogas e Crimes, para discutir o problema mundial das drogas. A última assembléia destas foi realizada em 2009 e ficou delineado um plano em que previa a próxima para 10 anos depois (2019), mas percebeu-se a necessidade de adiantar essa reunião, talvez pelas alterações legais que estavam ocorrendo e em debate em inúmeros países da Europa e das Américas, inclusive em vários estados autônomos dos Estados Unidos.

Com essa assembléia, previa-se debates que poderiam gerar mudanças consubistanciais em consonância com os Direitos Humanos, principalmente dos consumidores de drogas, no cenário global, no entanto, não houve nenhuma mudança relevante.

Foi apresentada aqui uma suma da atual situação brasileira da política de drogas, bem como de outras experiências na iberoamérica, com outros modelos de regulação.

O trabalho não pretende expor soluções, mas é um estudo pertinente para entender a situação do Brasil e fazer uma análise comparativa, mesmo que básica, pois trata-se de uma revisão prévia de literatura.

Referências Bibliográficas

Agra, Recasens et al. *Ciencia, ética y arte de vivir. Elementos para un sistema de pensamento crítico sobre el saber y las políticas de la droga.* La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Atelier. 2003.

Barroso, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

Becker, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The free press. 1966.

Bryson, Bethany. *Symbolic Boundaries*. The SAGE Handbook of Cultural Sociology. David Inglis, Anna-Mari Almila (editores). 2016.

Caballero, Francis e Bisiou, Yann. *Droit de la drogue*. 2ème éd. Paris: Dalloz. XVI. 2000. 827 p.

Goffman, Erving. *Stigma: notes on the management of spoiled identity*. London: Penguin Books. 1990.

HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Disponível em<http://www.juareztavares.com/textos.html> Acesso em: 29 mai. 2016.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Introdução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70 Ltda., 2009

Lloyd. "The stigmatization of problem drug users: A narrative literature review". *Drugs: education, prevention and policy*, April 2013; 20(2): 85–95. DOI: 10.3109/09687637.2012.743506.

Nucci, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

Pardo, B. "Cannabis policy reforms in the Americas: A comparative analisys of Colorado, Washington,and Uruguay", *International Journal of Drug Policy*, 25. 2014. pp. 727-735.

Pertwee, Roger G. *Handbook of Cannabis*. New York: Oxford University Press. 2014.

Quintas e Antunes. *Das leis das drogas, seus públicos e seus limites*. Ensinamentos de experiências contemporâneas de descriminalização. Do Crime e do castigo – Temas e debates contemporâneos. Lisboa: Mundos sociais. 2015.

Romani, Oriol et al. *Repensar las drogas*: Hipótesis de la influencia de una política criminal liberalizadora respecto a las drogas, sobre los costes sociales, las pautas de consumo y los sistemas de recuperación. Grup Igia. 1988.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansão do direito penal.* Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

Supremo Tribunal Federal. *Crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda, decide STF*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638>. Acesso em 15.set.2016.

Medidas da administração da saúde em tempo de escassez

Isa António[*]

Luciana Sousa Santos[**]

Resumo:

Perante o presente contexto de elevado défice público, o decisor político enfrenta a árdua tarefa de adotar medidas de racionalização no setor da saúde.

A "racionalização" distingue-se de "racionamento". A primeira implica eficiência na gestão e alocação de recursos económicos, técnicos, científicos e humanos; o segundo consiste no "corte" desses recursos sem que se proceda a critérios objetivos prévios de análise económico-financeira.

Esta dialética verifica-se com maior acuidade no setor da saúde, fustigado por fenómenos de despesismo desregrado, ausência de produtividade e de eficiência, elevados tempos de espera para cirurgias e tratamentos, dívidas para com fornecedores e "fuga de cérebros" para o setor privado e para o estrangeiro.

Por isso, a administração da saúde com vista a assegurar o acesso à saúde, em termos de diversidade, de volume e de qualidade, tem de recorrer a diversos mecanismos como o "*gatekeeper*", prescrição eletrónica, "política do medicamento genérico", "sistema integrado de gestão de inscritos para cirurgia", entre outros.

Porém, numa situação de escassez de meios, o direito à saúde encontra-se, forçosamente, sob reserva do (financeiramente) possível, não se afigurando defensável sustentar uma ideia de pretensa proibição do retrocesso na realização daquele direito fundamental, sob pena de se colocar em crise o Estado Social.

Palavras-chave: administração da saúde, direito à saúde, medidas políticas, escassez.

[*] Doutora em Direito Administrativo pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Católica do Porto. Docente no Instituto Politécnico do Porto (IPP). Investigadora no CIICESI (IPP) e no CEDU (Universidade do Minho). E-mail: isafsousa@gmail.com.

[**] Mestre em Direito Administrativo pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Advogada. Investigadora do Núcleo de Estudos de Direito – *Ius Pubblicum* (NEDip). E-mail: lucianassantos6@gmail.com.

Abstract:

Considering the current context of high public deficit, the policymaker faces the arduous task of adopting rationalization measures in the health setor.

"Rationalization" is different from "rationing". The first implies efficiency in the management and allocation of economic, technical, scientific and human resources; the second means "cutting" these resources without an objetive criteria of economic and financial analysis.

This dialectic is quite relevant in the health setor, buffeted by inordinate overspending, lack of productivity and efficiency, high waiting times for surgeries and treatments, debts to suppliers and also the "brain drain" to the private setor and abroad.

Therefore, health management aiming to provide health care, in terms of diversity, volume and quality, has to resort to mechanisms such as the "gatekeeper", electronic prescription, "the policy on generic drugs", "integrated system of management of surgery registrations", among others.

However, in a situation of scarcity of resources, the right to health is found, necessarily, conditioned to what is financially possible. Accordingly, it does not seem tenable to sustain an alleged prohibition of retrogression in the realization of that fundamental right, otherwise the Welfare State will always be in crisis.

Keywords: Health management, right to health, policy measures, scarcity.

0. Nota prévia

A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra expressamente o direito à (proteção da) saúde como direito fundamental e, de resto, mesmo que não o fizesse, tal reconhecimento decorreria da índole social do nosso Estado de Direito.

O Estado está obrigado a concretizar o direito à saúde na maior medida possível, tendo em conta as respetivas disponibilidades materiais e financeiras, pelo que, num panorama de escassez de recursos, aquele direito encontra-se, ainda mais necessariamente, sob a "reserva do possível". Se a realização do direito à saúde se sujeita à efetiva capacidade de prestação financeira do Estado, não se vislumbra fundamento sério para pugnar por uma eventual cristalização dos progressos entretanto alcançados, muito menos em caso de regressão dos fundos públicos.

Ademais, uma vez que, no contexto normal do Estado Social, a escassez de recursos nunca é absoluta, mas antes *"moderada"*[1], a reserva do possível ou do viável implica uma definição de prioridades e de opções políticas de distribuição de meios, gerando, amiúde, desarmonias entre as escolhas públicas de alocação de recursos e os interesses individuais dos cidadãos no acesso ao bem social *saúde*.

É inegável a enorme pressão que o imperante estado de emergência económico-financeira exerce sobre os decisores políticos. Se as dificuldades financeiras apresentam, hoje, um âmbito global que coarcta a concretização dos direitos sociais, elas agudizam-se no domínio da saúde, cuja tendência mais marcante dos últimos anos tem sido a do aumento progressivo e, geralmente, não planeado das despesas públicas, em particular com o serviço nacional de saúde (SNS).

Não sendo conjeturável, a curto ou a médio prazos, uma redução dos gastos com a saúde por via da obtenção de ganhos de eficiência, nem a sua compensação através do crescimento da economia, coloca-se, hodiernamente, aos responsáveis políticos, uma espinhosa aporia de garantia da sustentabilidade do SNS.

1. Reservas dogmáticas à concretização do direito à saúde

À semelhança de outros direitos económicos, sociais e culturais (DESC), também o direito à saúde, consagrado no artigo 64.º da CRP, comporta duas vertentes: uma, de *natureza negativa*, que consiste no direito de exigir do Estado ou de terceiros que se abstenham de praticar qualquer ato que maleficie a saúde; outra, a principal, de *natureza positiva*, que se traduz no direito às medidas e prestações estaduais, visando a prevenção das doenças e o tratamento delas[2]. No entanto, se estes deveres de *respeitar*, de *proteger* e de *promover* são deveres de caráter genérico que afloram da norma de direito fundamental em causa, existem outros deveres de conteúdo mais especificamente determinado, como acontece com a imposição da criação de um SNS universal, geral e tendencialmente gratuito (cfr. artigo 64.º, n.º 2, alínea a) da CRP)[3].

[1] Neste sentido, *vide* NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 89 e ss.
[2] Sobre isto, *vide* CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 825.
[3] Neste sentido, *vide* NOVAIS, Jorge Reis. "Constituição e Serviço Nacional de Saúde", *in: 30 Anos do Serviço Nacional de Saúde – Um Percurso Comentado*, SIMÕES, Jorge (coord.), Coimbra: Almedina, 2010, p. 240.

O Estado está vinculado a realizar o direito à saúde, em todas as suas vertentes e do modo mais completo possível, dentro das suas possibilidades materiais e financeiras, não podendo os particulares exigir, judicialmente, a ministração de todo e qualquer cuidado de saúde se o Estado puder servir-se daquelas ressalvas[4].

A este respeito, note-se que, no ordenamento jurídico internacional, os DESC são tidos *"como os parentes pobres dos direitos humanos"*[5]. Com efeito, enquanto os direitos civis e políticos impõem, imediatamente, obrigações aos Estados, os DESC limitam-se a fixar obrigações de execução gradual, as quais são difíceis de concretizar na prática, porque estão adstritas ao poder económico de cada Estado[6]. Ora, num circunstancialismo de estrutural escassez de meios, cabe, por isso mesmo, ao legislador democrático nacional, nomeadamente ao legislador que aprova o orçamento do Estado, uma ampla margem de decisão quanto à mais adequada distribuição dos fundos destinados à efetivação do direito social à saúde[7]. Deste facto decorre que este direito fundamental, na sua dimensão de prestação positiva ou de promoção do acesso à saúde, é de realização gradativa e diferida no tempo, pois depende dos recursos humanos, materiais e financeiros que o Estado lhe pode, em concreto, afetar, de acordo com o axioma *ultra posse nemo obligatur*[8].

Nesta ordem de ideias, a reserva geral imanente do financeiramente possível assoma como uma limitação imanente do direito à saúde, pelo que o alcance efetivo deste direito fundamental resulta substancialmente diminuído, seja porque, num quadro de escassez relativa, o Estado pode invocar a insuficiência de fundos para a não realização da prestação requerida pelo particular, seja porque a prestação está sob dependência das triagens políticas de distribuição orçamental[9]. Mesmo assim, julgamos que, *per si*, a existência de uma reserva do possível como restrição "congénita" do direito à saúde, nos termos já discorridos, não derroga a natureza

[4] Nesta linha, *vide* NOVAIS, Jorge Reis. "Constituição e Serviço Nacional de Saúde", *in: 30 Anos do Serviço Nacional de Saúde – Um Percurso Comentado*, SIMÕES, Jorge (coord.), Coimbra: Almedina, 2010, p. 260.
[5] *Vide* MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 175.
[6] *Vide* MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, ob. cit., p. 175.
[7] *Vide* NOVAIS, Jorge Reis. "Constituição e Serviço Nacional de Saúde", *in: 30 Anos do Serviço Nacional de Saúde – Um Percurso Comentado*, SIMÕES, Jorge (coord.), Coimbra: Almedina, 2010, p. 260.
[8] *Vide* NOVAIS, Jorge Reis. "Constituição e Serviço Nacional de Saúde", *in: 30 Anos do Serviço Nacional de Saúde – Um Percurso Comentado*, SIMÕES, Jorge (coord.), Coimbra: Almedina, 2010, p. 260.
[9] *Vide* NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 91.

jusfundamental daquele direito social. Ademais, tal condicionamento financeiro não é exclusivo dos direitos sociais, mas é algo com que têm de lidar todos os direitos fundamentais, uma vez que as prestações destinadas a assegurá-los exigem do erário público o dispêndio de somas avultadas[10].

É possível encontrar nos dois tipos de direitos fundamentais existentes, considerados como um todo, formas de afetação pela reserva financeira, sem prejuízo de uma diferença *talhante*[11]. Enquanto os bens protegidos pelos direitos de liberdade não são havidos como onerosos, os bens tutelados pelos direitos sociais são escassos, dispendiosos e *procuráveis* no mercado, sendo intrinsecamente tocados pela reserva do disponível, posto que o legislador constituinte não o refira abertamente[12].

Destarte, no domínio do direito social à saúde, tudo o que se pode reclamar do Estado é que ele efetive aquele direito, presentemente, tanto quanto possível, segundo uma lógica de sustentabilidade; sucede que, mais tarde, poderá não ser materialmente possível conservar o nível das prestações outrora garantido, sob pena de deliquescência do próprio Estado Social.

Do que se trata, na realidade, é de afastar um pretenso princípio de não reversibilidade na realização do direito à saúde, pois, atenta a sua contingentação jurídica pela reserva do financeiramente possível, parece ser de admitir que o poder político retroceda no grau de concretização daquele direito, mas desde que haja motivo válido que justifique tal limitação (*v.g.*, a escassez de recursos)[13].

2. O setor da saúde sob o impacto da escassez

Como observámos no ponto anterior, sobre o Estado recai um dever de respeitar o acesso individual ao bem *saúde*, um dever de a proteger contra ameaças ou agressões de outros particulares ou contra uma prestação deficiente de cuidados de saúde e, ainda, um dever de promover condições otimizadas de acesso aos

[10] Seguindo este raciocínio, *vide* NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 93-94.
[11] *Vide* NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 102.
[12] Nesta linha de pensamento, *vide* NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 102-103.
[13] Neste sentido, sobre os direitos sociais em geral, *vide* NOVAIS, Jorge Reis. "Constituição e Serviço Nacional de Saúde", *in: 30 Anos do Serviço Nacional de Saúde – Um Percurso Comentado*, SIMÕES, Jorge (coord.), Coimbra: Almedina, 2010, pp. 261-262.

serviços de saúde[14]. Em princípio, o dever estatal de respeitar o acesso de cada cidadão ao bem jurídico *saúde* não envolve custos financeiros, mas já, pelo contrário, os deveres de proteger e, sobretudo, de promover esse acesso comportam, em regra, os custos exigidos pelas prestações fácticas ou pela disponibilização de serviços e de instituições[15].

Mais, se é certo que o Estado se encontra sujeito à obrigação de não prejudicar a saúde nem as condições e capacidades de acesso dos particulares a cuidados médicos, não é menos certo que a efetividade dessa dimensão negativa do direito à saúde não existirá sem as correspondentes prestações estatais positivas votadas a garantir institucionalmente o sobredito direito.

Porém, na voragem do atual estado de exceção económico-financeira, tem-se assistido a uma situação de tensão entre as opções públicas de alocação de recursos e as necessidades dos cidadãos no acesso à saúde, porquanto a escassez relativa de fundos denota, em bom rigor, que existem várias possibilidades de escolha do destino a que se hão de afetar os meios disponíveis.

Pois bem, é preciso ter em mente que uma coisa é garantir juridicamente o direito à saúde a todos os cidadãos e que, outra coisa bem distinta, é criar as condições fácticas que permitam o acesso universal ao bem *saúde*. Como é consabido, o direito à saúde é efetivado através de um SNS universal, geral e tendencialmente gratuito (cfr. artigo 64.º, n.º 2, alínea a) da CRP), incumbindo ao Estado garantir o acesso de cada pessoa aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação, bem como assegurar uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde (n.º 3, alíneas a) e b)).

Acontece que, na vigente conjuntura de austeridade duradoura, não faltará quem creia que o SNS corre o risco de soçobrar perante a crise económico-financeira da nossa época, até porque a parcela do orçamento do Ministério da Saúde reservada ao SNS tem vindo a ser drasticamente minorada nos últimos anos, designadamente por força das reduções dos ordenados dos trabalhadores da administração, dos cortes nas retribuições das horas extraordinárias de trabalho, da "fuga de cérebros" para o setor privado e para o estrangeiro, do encerramento de serviços, do não

[14] *Vide* NOVAIS, Jorge Reis. "Constituição e Serviço Nacional de Saúde", *in: 30 Anos do Serviço Nacional de Saúde – Um Percurso Comentado*, SIMÕES, Jorge (coord.), Coimbra: Almedina, 2010, p. 240.

[15] Em sentido coincidente, *vide* NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 97.

preenchimento de vagas do pessoal reformado ou transferido e, ainda, dos entraves à inovação e à criação de novas unidades de saúde[16].

Apesar disso, importa assinalar que o orçamento do Estado para o ano de 2016 veio criar uma linha de descontinuidade, prevendo, inversamente, um aumento do investimento com a saúde, que nos leva, inevitavelmente, a suscitar a questão de saber se tal acréscimo de recursos financeiros atribuídos ao SNS significará, na prática, mais eficiência e melhor qualidade dos serviços de saúde[17]. E isto, porque é a sociedade do "consumismo" que gera, permanentemente, estados de insaciedade e de penúria, os quais são potenciados pelas desigualdades sociais, dado que os bens oferecidos para consumo constituem um símbolo de prestígio que os mais desfavorecidos perseguem através da mimese dos mais abastados.

De momento, basta reter a proposição elementar de que o tema da *escassez*, enquanto disparidade entre os bens pretendidos e os bens disponíveis, só adquire o insustentável peso dos dias de hoje, no âmbito do acesso à saúde, por obra da economia capitalista, assente numa produção que, em lugar de ter por fito a satisfação das reais necessidades dos cidadãos, escora-se, ao invés, numa série de ficções meticulosamente concebidas.

De sorte que se torna premente combater o fenómeno contemporâneo de hiperconsumo, típico de uma *sociedade medicalizada*, orientado para o desperdício e para o despesismo imoderado com a saúde, e onde a (suposta) soberania do doente degenera, afinal, numa (suposta) soberania do consumidor, ao mesmo tempo que o poder médico, aumentando a sua efetividade terapêutica, em vez de capacitar os doentes, exponencia a sua submissão[18].

Não é também despicienda a questão da sistemática depreciação da rede de cuidados de saúde primários, cuja falta de autonomia para tomar decisões que redistribuam a procura, a par da insuficiência de recursos humanos, materiais e financeiros para solucionar pequenos problemas de saúde, têm conduzido, perversamente, à corrida desenfreada dos doentes para os hospitais públicos e,

---

[16] *Vide* CAMPOS, António Correia de. *Saúde & preconceito – Mitos, falácias e enganos*, Lisboa: Livros Horizonte, 2015, p. 171.

[17] Sobre este assunto, *vide* ANTÓNIO, Isa. "O Sistema Nacional de Saúde: Principais Medidas – Uma Prioridade para o Estado?", *in: Descomplicar o Orçamento do Estado 2016*, MAGALHÃES, Ana Filipa/PEREIRA, Maria Leitão (coord.),Porto: Vida Económica, 2016, pp. 27 e ss.

[18] Nesta linha de raciocínio, *vide* VALE, Luís António Malheiro Meneses do. *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde – Contributo para uma perspetiva jurídico-constitucional*, Vol. I, Coimbra: [s.n.], 2007, p. 9.

particularmente, para os serviços de urgência. Urge, pois, mudar os padrões de utilização no SNS, por forma a instituir um serviço público nacional assente numa rede de cuidados integrada, equilibrada, hierarquizada e de dimensão, tecnicidade e complexidade progressivas, à medida que se avança dos cuidados primários para os secundários e os terciários[19].

Os hospitais, enquanto fonte de elevado despesismo do SNS, têm de reaver a sua vocação originária, nomeadamente por via não só de uma melhor articulação com os cuidados primários e continuados, como também da modernização das tecnologias de informação e comunicação para facilitar a circulação dos doentes no serviço público e, ainda, da obtenção de ganhos em termos de tempo e de dinheiro[20].

É imperioso que o SNS neutralize os fatores da sua deterioração, designadamente debelando as tentativas (silentes) da sua privatização, encurtando as listas de espera para consultas, exames e cirurgias de molde a salvaguardar a equidade no acesso à saúde, ampliando o leque de recursos, inovando, formando pessoal e pagando um vencimento adequado e proporcional à responsabilidade assumida pelos seus profissionais[21].

Sendo as urgências hospitalares o epifenómeno da incessante corrosão do SNS, exige-se dele que envide esforços para modernizá-las, para reduzir os tempos de resposta, para dotar os serviços de meios humanos, materiais e financeiros suficientes, para filtrar a procura irregular e para escoar doentes para a rede de cuidados continuados, tudo isto a fim de restaurar a confiança dos cidadãos, perdida desde os episódios caóticos do inverno de 2014/2015[22].

O setor da saúde motiva, hoje, um imenso desânimo, pela degradação do atendimento nas urgências hospitalares, pela perda de qualidade dos serviços, pela procura desmedida e não referenciada, pela falta de assistência bastante aos fins de semana, agravada pela diminuição de pessoal e de meios, pela ineficácia da rede de

---

[19] De harmonia com este sentido de opinião, *vide* CAMPOS, António Correia de. *Saúde & preconceito – Mitos, falácias e enganos*, Lisboa: Livros Horizonte, 2015, p. 65.
[20] *Vide* CAMPOS, António Correia de. *Saúde & preconceito – Mitos, falácias e enganos*, Lisboa: Livros Horizonte, 2015, p. 64.
[21] *Vide* CAMPOS, António Correia de. *Saúde & preconceito – Mitos, falácias e enganos*, Lisboa: Livros Horizonte, 2015, p. 189.
[22] *Vide* CAMPOS, António Correia de. *Saúde & preconceito – Mitos, falácias e enganos*, Lisboa: Livros Horizonte, 2015, p. 189.

transporte de emergência resultante da míngua de recursos, bem como pela excessiva dependência dos hospitais que, de resto, já se encontram superlotados[23].

Este cenário nebuloso adensa-se mais ainda quando nos aproximamos de outros dados alarmantes, como sejam a generalização da cobertura de cuidados de saúde, o aumento da esperança média de vida, o envelhecimento das populações, o surgimento de novas doenças, o ambiente ansiogénico e medicamente consumista, a subida do preço dos medicamentos, assim como o progressivo recurso a meios sofisticados e onerosos de diagnóstico, que se têm expressado numa tendência constante e praticamente irreversível de aumento dos gastos estatais com a saúde.

Daí que o crescimento acentuado dos custos em saúde tenha vindo a merecer uma contenção forçada, a qual teve início, já em 2011, com o Memorando de Entendimento assinado com a Troika, tendo as contas públicas testemunhado o efeito de uma austeridade severa, pois não foram apenas os vencimentos dos trabalhadores e a recompensa pelas horas-extra que sofreram pesadas ablações, mas também o transporte de doentes, os meios complementares de diagnóstico e terapêutica adquiridos ao setor privado e os medicamentos[24].

A despeito disso, não se antevendo a necessária diminuição das despesas com a saúde, quer através de ganhos de eficiência, quer pela sua cobertura mediante a evolução positiva da economia, levanta-se a dúvida de saber como afiançar a sustentabilidade do SNS em tempo de escassez crónica de recursos.

2.1. O dilema da racionalização *vs.* racionamento no setor da saúde

Portugal é um dos países pertencentes à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) que mais gasta em saúde em termos proporcionais à riqueza produzida, pese embora tenha diminuído o investimento neste setor[25]. Os gastos em saúde devem-se, primacialmente, aos cuidados prestados em

[23] *Vide* CAMPOS, António Correia de. *Saúde & preconceito – Mitos, falácias e enganos*, Lisboa: Livros Horizonte, 2015, p. 64.
[24] *Vide* CAMPOS, António Correia de. *Saúde & preconceito – Mitos, falácias e enganos*, Lisboa: Livros Horizonte, 2015, p. 112.
[25] *Vide* Nota explicativa do orçamento do Estado de 2016, disponível em WWW: <URL: http://www.oecd.org/health/health-at-a-glance-europe23056088.htm>. [Acedido em 20 de setembro de 2016].

ambulatório, às hospitalizações e aos produtos utilizados no tratamento dos doentes (cuidados curativos agudos) e menos às políticas de saúde pública de prevenção[26].

Existe uma miríade de fatores que contribui para o nível, maior ou menor, de despesa pública na saúde. Enaltecemos, em particular, o progresso tecnológico, a investigação médica, as políticas estaduais (*v.g.*, o aumento do número de utentes com médico de família), a reorganização e a racionalização da rede hospitalar, o decréscimo do financiamento dos prestadores públicos, hospitalares e em ambulatório, o incentivo ao uso de medicamentos genéricos e o regime de convenções do SNS[27].

O SNS não foi concebido nem preparado para as mudanças drásticas nas taxas de fertilidade e de natalidade, nem para o aumento espantoso da esperança média de vida, graças às conquistas dos avanços da medicina e às vastas redes de saneamento básico.

A nosso ver, as razões subjacentes ao fracasso do SNS e ao seu pré-colapso foram, designadamente as seguintes: a) acolhimento acrítico (*tabula rasa*) do modelo de *Beveridge*, sem se ter procedido ao devido ajustamento à realidade portuguesa; b) o falhanço do SNS é, antes de mais, um falhanço político[28]: por força da natureza e do modo de funcionamento enraizados na cultura política portuguesa marcadamente de feição "*laisser faire, laisser passer*". A inadequação do figurino beveridgiano ao nosso sistema de saúde agudiza-se devido à ausência de mecanismos eficazes de *accountability* dos decisores políticos e das entidades adjudicantes públicas que em torno dos primeiros gravitacionam.

O SNS representou, para o erário público, no final do ano de 2015, um saldo negativo de 259 milhões de euros[29], com um agravamento de 229 milhões de euros face à previsão inicial do Governo. Aliás, de acordo com ANTÓNIO FERREIRA, o *"SNS entrou em falência há muitos anos"* [30] , sendo tal facto demonstrado pelos resultados líquidos negativos desde 2002 até à presente data.

---

[26] Neste sentido, *vide* FERREIRA, António. *Reforma do Sistema de Saúde. A minha visão*, Vila do Conde: Verso da História, 2014, pp. 43-44.
[27] Assim, *vide* A.A.V.V., *40 Anos de abril na Saúde*, Coimbra: Almedina, 2014, p.100.
[28] Neste sentido, *vide* GOUVEIA, Miguel. "Do pecado original às reformas*", in: Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, ano III, n.º 25, junho de 2000, pp. 26-27.
[29] *Vide* Nota explicativa do orçamento do Estado de 2016, ob. cit..
[30] Neste sentido, *vide* FERREIRA, António. *Reforma do Sistema de Saúde. A minha visão*, Vila do Conde: Verso da História, 2014, pp. 24 e 27.

O SNS tem revelado, em anos consecutivos, uma manifesta incapacidade para solver as suas dívidas perante os credores, as quais ultrapassam as suas receitas[31].

O problema do défice público no setor da saúde encontra-se no epicentro da denominada "escassez na saúde", trazendo para a agenda política a necessidade de adoção de medidas de eficiência e de racionalização na prestação do serviço público de saúde. Uma das fragilidades mais marcantes dos direitos sociais é, sem dúvida, a sua dependência intrínseca da capacidade económico-financeira de que o Estado dispõe num determinado momento político-constitucional.

Inversamente, a realização efetiva das prestações sociais a favor dos cidadãos constitui uma exigência e, por vezes, um verdadeiro desafio com o qual o Estado se confronta, testando as suas aptidões e expondo as suas limitações económicas, sociais, políticas e jurídicas.

A reserva do possível consiste na ideia de que o cidadão deverá conformar-se com a prestação social que *razoavelmente* pode esperar e exigir da sociedade e do Estado, tendo em consideração as circunstâncias e as condições materiais, sociais e económicas do cidadão, titular do direito social em concreto.

Numa conjuntura económica de crise em que tomamos consciência da capacidade deficitária do Estado para fazer face às crescentes solicitações sociais dos seus cidadãos, devido à escassez de recursos, é mister priorizar e racionar mediante critérios razoáveis que estabeleçam o equilíbrio entre o elemento económico e a sensibilidade que este tipo de direito exige.

3. Medidas para a sustentabilidade do SNS

De acordo com a Comissão para a Sustentabilidade Financeira do SNS, existe *"sustentabilidade se o crescimento das transferências do Orçamento do Estado para o SNS não agravar o saldo das Administrações Públicas de uma forma permanente, face ao valor de referência, mantendo-se a evolução previsível das restantes componentes do saldo"*[32].

Com vista a alcançar a sustentabilidade do SNS, é mister proceder à adoção de medidas equilibradas de boa gestão que medeie a necessidade de prossecução

[31] Assim, FERREIRA, António. *Reforma do Sistema de Saúde. A minha visão*, Vila do Conde: Verso da História, 2014, p. 25, tabela 1.

[32] *Vide* WWW: <URL: https://momentoseconomicos.files.wordpress.com/2011/06/tertulia-ppb.pdf>. [Acedido em 20 de setembro de 2016].

de um interesse público com qualidade para o utente e as vicissitudes da atividade da Administração, que se quer eficaz e expedita, necessariamente vinculada a regras específicas e a princípios estritos de controlo, legalidade, boa administração, adequação e proporcionalidade, imparcialidade, igualdade, lealdade e boa-fé na relação jurídico-administrativa que estabelece com o cidadão.

É urgente proceder à reforma do SNS, mediante a promoção de medidas preventivas da doença (atuar em momento de pré-doença implica menos recursos do Estado, *v.g.*, criar hábitos saudáveis na população) e através do modelo misto de cobertura universal pelo Estado com o complemento da prestação por privados.

Apontamos como principais medidas vocacionadas à sustentabilidade do SNS, entre outras, o sistema integrado de gestão de inscritos para cirurgia, o combate à fraude no SNS, minimizada pela prescrição eletrónica de medicamentos, o recurso ao mercado dos medicamentos "*low cost*" (semelhantes aos genéricos no preço, sendo idênticos, no restante, aos medicamentos de referência), a substituição de consultas de clínica geral por consultas de especialidade, a introdução de mecanismos de responsabilização dos gestores, o registo centralizado de dívidas por parte dos credores, a supervisão mensal das entidades com maior nível de dívidas e os orçamentos plurianuais (trianuais, em vez de orçamentos anuais)[33]-[34].

Citando PEDRO PITA BARROS, os *"cuidados informais poderão ser a chave da sustentabilidade (…), o Estado não tem qualquer possibilidade de manter a sustentabilidade dos Serviços de Saúde sem o apoio das Famílias e dos cuidadores informais"*[35]. Seja como for, a prestação de cuidados de saúde não dispensa, antes exige, a intervenção de uma entidade central reguladora, designadamente no tocante aos custos assumidos e aos preços praticados junto do utente/cliente.

Por outro lado, entende-se que o financiamento privado do setor da saúde deverá constituir apenas um meio para alcançar os objetivos que deverão presidir à prestação de cuidados e não ser, em si mesmo, um fim visado pelo Governo.

---

[33] *Vide* WWW: <URL: https://momentoseconomicos.files.wordpress.com/2011/06/tertulia-ppb.pdf>. [Acedido em 20 de setembro de 2016].
[34] *Vide* WWW: <URL: https://www.publico.pt/portugal/noticia/um-passo-para-a-sustentabilidade-do-sns1671574>. [Acedido em 20 de setembro de 2016].
[35] *Vide* WWW: <URL: https://momentoseconomicos.files.wordpress.com/2011/06/tertulia-ppb.pdf>. [Acedido em 20 de setembro de 2016].

LUÍS MENESES DO VALE considera que *"no contexto geral da crise do Estado Social, o setor da saúde é dos que motiva maior pessimismo"*[36], enunciando como principais razões concomitantes para esse facto a industrialização e a mercantilização da saúde que, associadas à concorrência, introduziram *"elementos perversos ligados à procura do lucro, na dinâmica já de si dificilmente sustentável do setor"*. São inegáveis as fortes tensões entre o imperativo da eficiência e o valor da equidade, entre os cuidados primários, diferenciados (secundários) ou continuados (terciários), entre o poder médico, o poder político e o poder administrativo. Acresce, outrossim, a inversão na pirâmide demográfica, caracterizada por uma população cada vez mais envelhecida e, por isso, mais vulnerável a doenças mais exigentes do ponto de vista da assistência e do acompanhamento médicos e, desse modo, mais dispendiosas num panorama em que a medicina é mais cara, em que grassa a influência de grandes multinacionais farmacêuticas e biomédicas sobre a opção tomada pelos sistemas de saúde ou de segurança social no tocante a medicamentos e tratamentos considerados eficazes e economicamente viáveis[37].

A superação da crise atual do setor da saúde não tem de passar pelo corte radical na despesa pública, na maioria das vezes, aliás, desprovido de critério e de adequação, sob pena de colocarmos em risco a proteção do direito fundamental à saúde. Com efeito, na senda da redução dos gastos em saúde e do racionamento dos recursos despendidos, há que assegurar a justiça distributiva e social constitucionalmente consagrada, sobretudo no que respeita ao acesso à saúde por parte dos mais desfavorecidos. Por isso, as políticas públicas de racionalização e de racionamento no domínio da saúde deverão ser repensadas em termos sociais e socializantes, com vista a alcançar as aspirações da Constituição de 1976 que consagra o acesso à saúde em termos de igualdade, de universalidade e de *tendencial* gratuitidade.

---

[36] *Vide,* melhor desenvolvido, VALE, Luís António Malheiro Meneses do. *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde – Contributo para uma perspetiva jurídico-constitucional*, ob. cit., pp.18-19.

[37] *Vide,* melhor desenvolvido, VALE, Luís António Malheiro Meneses do. *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde – Contributo para uma perspetiva jurídico-constitucional*, ob. cit., pp.18-20.

4. Conclusões

Em jeito de conclusão, no que concretamente respeita ao direito social à saúde, o dever estatal de respeitar o acesso individual ao bem *saúde* não envolve custos financeiros, mas já, antiteticamente, os deveres de proteger e, mormente, de promover esse acesso acarretam, à partida, os encargos exigidos pelas prestações positivas ou pelo fornecimento de serviços e de instituições por parte do Estado.

Como facilmente se percebe, na sua dimensão principal, o direito à saúde é, em termos fácticos e jurídicos, um direito sob reserva do financeiramente viável, não sendo, portanto, admissível qualquer espécie de princípio da proibição do retorno da sua concretização, especialmente em tempo de escassez, pois não será legítimo exigir do Estado que exceda a sua efetiva capacidade de prestação.

Concluímos também que o condicionamento financeiro subjacente à reserva do possível não constitui um atributo privativo dos direitos sociais, já que também se aplica a muitos direitos de liberdade, inexistindo, por conseguinte, "direitos gratuitos" para o erário público. Ora, nenhum direito que "custe", ou seja, nenhum direito cuja efetivação pressuponha uma despesa financiada pelo dinheiro dos contribuintes pode ser protegido sem se atender às suas consequências orçamentais, suscitando-se, a este respeito, um problema de opção política sobre a distribuição de recursos.

Atualmente, a asfixia financeira sentida pelo Estado constrange sobremaneira os decisores políticos, sobretudo atendendo a que, de há alguns anos a esta parte, se tem notado um despesismo excessivo com a saúde, que vem colocar em causa a garantia da sustentabilidade do SNS. A consciência da desproporção entre a evolução dos gastos e a das receitas tem levado o poder político a implementar políticas de contenção de custos, como as de racionamento e de racionalização, a fim de influenciar a procura e/ou a oferta de serviços de saúde e de medicamentos.

Determinante é decidir. Decidir com ponderação, tendo sempre presente a teleologia subjacente ao Estado Social. Nesta senda e nas palavras de M. C. GOMES DA SILVA, citado por LUÍS MENESES DO VALE: *"[q]uem não faz hoje nenhuma escolha, decide, não obstante, deixar que, de forma arbitrária e flutuante, novos problemas de escassez venham a aparecer no nosso futuro sistema de saúde, sem uma distribuição justa nem reflexão. Mantendo a atual amplitude e distribuição do*

sistema de cuidados, é silenciosamente feita uma escolha sem que seja claro como, por quem ou o quê é escolhido"[38].

Independentemente da ideologia que presida à reforma no setor da saúde e à respetiva adoção de medidas, primordial é a preservação da equidade e dos princípios de universalidade e de igualdade consagrados no artigo 64.º da CRP. Preconizamos, por isso, a posição de RUI NUNES, segundo a qual:

> *"(…) qualquer proposta de reforma do sistema de saúde deve alicerçar-se numa "plataforma ética" que tenha por base os seguintes princípios: 1. A equidade (igualdade equitativa de oportunidades) no acesso; 2. A solidariedade no financiamento; 3. A efetividade das intervenções (prática baseada na evidência); 4. A eficiência na utilização dos recursos – nos planos macro e microeconómico – (value for money)"*[39].

Referências bibliográficas

A.A.V.V. *40 Anos de abril na Saúde*, Coimbra: Almedina, 2014.

ANTÓNIO, Isa. "O Sistema Nacional de Saúde: Principais Medidas – Uma Prioridade para o Estado?", *in: Descomplicar o Orçamento do Estado 2016*, Porto: Vida Económica, 2016.

CAMPOS, António Correia de. "O Controlo dos gastos em saúde. Racionamento ou Redistribuição?", *in: Cadernos da Saúde*, n.º 7, Lisboa: Escola Nacional de Saúde Pública, 1981.

_____, *Saúde & preconceito – Mitos, falácias e enganos*, Lisboa: Livros Horizonte, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERREIRA, António. *Reforma do Sistema de Saúde. A minha visão*, Vila do Conde: Verso da História, 2014.

GOUVEIA, Miguel. "Do pecado original às reformas", *in: Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, ano III, n.º 25, junho de 2000.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra: Almedina, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. "Constituição e Serviço Nacional de Saúde", *in: 30 Anos do Serviço Nacional de Saúde – Um Percurso Comentado*, Coimbra: Almedina, 2010.

[38] Neste sentido, *vide* SILVA, M. C. Gomes da. "Um sistema misto de financiamento do sistema de saúde em Portugal? A pertinência da experiência dos Países Baixos", *in: As Reformas dos Sistemas de Saúde*, Lisboa: Associação Portuguesa de Economia da Saúde, 1996, pp. 157-182. Este Autor é citado por VALE, Luís António Malheiro Meneses do. *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde – Contributo para uma perspetiva jurídico-constitucional*, ob. cit., p. 28. A este propósito, *vide*, ainda, CAMPOS, António Correia de. "O Controlo dos gastos em saúde. Racionamento ou Redistribuição?"*, in: Cadernos da Saúde*, n.º 7, Lisboa: Escola Nacional de Saúde Pública, 1981.

[39] Assim, NUNES, Rui. *Regulação da Saúde*, 3.ª Ed., Porto: Vida Económica, 2014, p. 49.

_____, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Rui. *Regulação da Saúde*, 3.ª Ed., Porto: Vida Económica, 2014.

SILVA, M. C. Gomes da. "Um sistema misto de financiamento do sistema de saúde em Portugal? A pertinência da experiência dos Países Baixos", *in: As Reformas dos Sistemas de Saúde*, Lisboa: Associação Portuguesa de Economia da Saúde, 1996.

VALE, Luís António Malheiro Meneses do. *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde – Contributo para uma perspetiva jurídico-constitucional*, Vol. I, Coimbra: [s.n.], 2007.

Aspectos tributários na defesa do meio ambiente: análise na gestão dos resíduos sólidos no Brasil

Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas[1]
Kezia Karina Gomes de Miranda[2]

RESUMO: A má gestão dos resíduos sólidos afeta a maioria dos municípios brasileiros, conforme dados e informações de órgãos oficiais. As consequências da falta de controle adequado vão desde a contaminação do ar, do solo e das águas até à criação de focos de organismos patogênicos que trazem impactos na saúde pública. Neste contexto, o presente estudo analisa a urgência de se adotarem políticas públicas fiscais que incidam no manejo adequado dos resíduos, de modo a promover práticas que equacionem o problema do tratamento e da destinação final do lixo, que vêm sendo depositados nos chamados "lixões". Visualiza-se, neste trabalho, o estudo das sanções premiais no âmbito da função promocional do Direito Tributário e a aplicação do princípio tributário-ambiental da simplicidade administrativa na responsabilidade compartilhada de proteção ambiental, no que tange à gestão dos resíduos sólidos. Para atender objetivos e problematização da questão far-se-á necessário apontar as políticas públicas adotadas e como estão sendo atingidas. Utiliza-se para tal, o método hipotético-indutivo e as práticas metodológicas das autoras no grupo de pesquisa que participam.

PALAVRAS-CHAVE: Resíduos Sólidos; Tributação ambiental; Desenvolvimento sustentável; Sanção premial; Incentivos fiscais.

ABSTRACT: The inadequate management of solid waste affects the majority of Brazilian municipalities, according to data and information from official agencies. The consequences of the lack of adequate control range from contamination of air, soil and water to the creation of pathogenic organisms foci that bring impacts on public health. In this context, the present study analyzes the urgent need to adopt fiscal policies that focus on the appropriate management of waste, in order to promote practices that equate the problem of the treatment and disposal of waste, which have been deposited in so-called "garbage dumps". In this work, the study of premiais

[1] Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Pós-doutora pela Universidade de Coimbra; pela Universidade Nova de Lisboa e pela Universidade do Museo Social da Argentina. Professora na graduação e pós-graduação da UFMS e da UNIDERP/ANHANGUERA. E-mail: limaribas@uol.com.br
[2] Advogada com graduação em Direito pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Pesquisadora do Projeto de Pesquisas "Mecanismos Alternativos na Solução de Conflitos" – Convênio UFMS/TJMS nº 02.015/2013. E-mail: miranda.kezia@gmail.com

sanctions under the promotional function of the Tax Law and the implementation of tax and environmental principle of administrative simplicity in the shared responsibility for environmental protection, with regard to solid waste management. To meet objectives and questioning of the issue shall be effected necessary to point out the adopted public policies and how they are being met. It is used for this, the hypothetical-inductive method and methodological practices of the authors in the research group participating.

KEYWORDS: Solid Waste; Environmental Taxation; Sustainable Development; Sanction Premial; Tax Breaks.

1. INTRODUÇÃO

Os danos e catástrofes ecológicas ocorridas nos últimos 100 anos, trouxeram uma consciência global de que a proteção do meio ambiente necessita de mecanismos estatais para que esse fim seja alcançado.

Nesse contexto, surge a figura da tributação ambiental nos ordenamentos jurídicos de diversos países que enxergaram nos instrumentos fiscais uma forma de incentivar as posturas preservacionistas de todos os setores da sociedade por meio de concessão de incentivos, benefícios fiscais ou redirecionamento da carga tributária, com a gestão sustentável de condutas que degradam o meio ambiente.

No Brasil, a conjuntura ambiental lida com um rico patrimônio natural e extenso território, sendo que os efeitos de uma degradação intensa tornaram o país bastante vulnerável aos problemas ambientais, embora traga no bojo de sua Constituição Federal, várias normas que disciplinam a responsabilidade compartilhada de se estimular o desenvolvimento econômico com atenção aos aspectos de equilíbrio ecológico.

A presente pesquisa busca averiguar, portanto, se os benefícios e incentivos fiscais podem ser considerados ferramentas idôneas ao desenvolvimento econômico-social e à preservação do meio ambiente, de forma a analisar quais agentes econômicos podem ser atingidos para que as garantias sociais de um Estado Democrático de Direito sejam asseguradas.

O trabalho preconizará a importância da aproximação da economia com o meio ambiente, esferas interdependentes, mas que por meio de iniciativas do Poder Público podem e devem ser aliadas, visto que a produção de riquezas advém do meio ambiente natural e preservá-lo significa manter as possibilidades de exploração na ótica de um desenvolvimento economicamente sustentável.

Com escopo de analisar as necessidades ambientais do século XXI, a pesquisa abordará a problemática do aumento representativo dos resíduos sólidos, dialogando o tema com o uso da extrafiscalidade para a indução de comportamentos sociais que tragam uma nova consciência e cultura sanitária, além de trazer breves comentários sobre o redirecionamento das prioridades na ordem do dia dos planejamentos públicos, do consumo consciente e da Tributação Ambiental.

2) TRIBUTAÇÃO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Após a segunda metade do século XVIII houve uma readequação da práxis político-econômica, impulsionada pela Revolução Industrial e, acima de tudo, pela potencialização do livre mercado, busca por lucro e acúmulo de capitais, além da exploração irracional dos recursos naturais. Assim, houve a necessidade de maior compromisso com o equilíbrio do Meio Ambiente para evitar a degradação da qualidade de vida da população, de forma que surgiram novos modelos econômicos que repensaram os custos sociais, ambientais, políticos e culturais.

De modo a ressaltar a incompatibilidade entre os padrões de produção e consumo vigentes com a capacidade de suporte dos ecossistemas, aconteceu em 1972, a primeira Conferência Mundial sobre Meio Ambiente, em Estocolmo, sendo estabelecidos princípios, diretrizes e bases para o desenvolvimento sustentável. Das discussões consolidadas na referida conferência, resultou o Relatório Brundtland (1982) que posteriormente foi ratificado na Conferência das Nações Unidas do Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro (1992).

Diante do cenário internacional, surgiu o conceito de Justiça Ambiental, que foi muito bem delineado por Bullard[3] como a busca do tratamento justo e do envolvimento de todas as pessoas, sendo que independentemente de raça, cor, origem ou renda,

[3] BULLARD, Robert D. *Confronting Environmental Racism: voices from the grassroots*, Boston: South End Press, 1993, páginas 23-26 e 55-56.

todos podem participar da elaboração, desenvolvimento, implementação e reforço de políticas, leis e regulações ambientais para se atingir a Justiça Ambiental.

Em consonância com a agenda internacional, o Brasil tem presenciado uma evolução legislativa bastante significativa sobre a tutela ambiental, tendo consolidado no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o meio ambiente ecologicamente equilibrado promove uma qualidade de vida sadia e plena.

A extensão territorial do Brasil e seu rico patrimônio natural acabam por trazer dificuldades na preservação ambiental que não são muito comuns em outros países, pois há ausência não apenas de políticas públicas efetivas como também de consciência ecológica por grande parte da população. Nesse contexto, de forma a conciliar o desenvolvimento econômico e a preservação dos recursos naturais para a presente e futuras gerações, a evolução legislativa brasileira também trouxe para o ordenamento jurídico pátrio a figura da tributação ambiental, que repensou a questão da sustentabilidade nas políticas públicas e permitiu o redirecionamento da carga tributária para internalizar boas práticas preservacionistas na sociedade.

Embora o Brasil não tenha criado um imposto ambiental direto, o fato de atribuir às figuras tributárias já existentes o objetivo de proteger o meio ambiente trouxe repercussões bastante positivas, pois por meio dos instrumentos fiscais tem havido a consciência de que garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado atende uma necessidade social.

Cumpre ressaltar que, pela legislação brasileira, não se pode oferecer tratamento às espécies tributárias como se fossem sanções, sendo expressamente proibido pelo artigo 3° do Código Tributário Nacional. Sendo assim, existem certas dificuldades de a Administração Pública estabelecer restrições por meio de institutos fiscais, considerando, ainda, que a liberdade de atuação no setor econômico é garantida pela Constituição Federal.

Os limites pautados pela Carta Magna permitem a intervenção estatal na esfera econômica, sem desrespeitar a liberdade de atuação de particulares na economia e em obediência ao princípio da livre iniciativa. As leis que vêm sendo incorporadas no ambiente legislativo têm descrito condutas ambientalmente corretas e estabelecido

sanções aqueles que a descumprirem. Porém, apenas estabelecer direcionamentos e normas cogentes não tem sido eficazes na preservação do Meio Ambiente brasileiro, sendo necessário alterar a abordagem gerencial do Poder Público a fim de suprir as necessidades ambientais e mercadológicas nos ambientes locais e globais. Assim, com o propósito de adotar uma gestão ambiental mais eficiente, o legislador passou a adotar a extrafiscalidade sendo que as normas emitidas pelo Sistema Tributário Nacional passaram a portar as ações de ordem econômica.

Diante dos aspectos ora partilhados, o fenômeno da extrafiscalidade pode ser compreendido como o uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista a garantia de valores constitucionalmente consagrados.

Nos moldes dos ensinamentos do ilustre professor Geraldo Ataliba[4], recorrer aos tributos com o intuito de atuar diretamente sobre comportamentos sociais, culturais e econômicos dos contribuintes, certamente possui aduz uma inovação que pode ser traduzida nos agravamentos ou benefícios fiscais dirigidos ao implemento e estímulo de certas condutas.

Na dicção de Casalta Nabais[5], a defesa de figuras desonerativas pode ser excelentes mecanismos de regulação e adequação da carga tributária, mantendo-a em níveis toleráveis e distantes da tributação meramente confiscatória, até porque reduz as exações e permite a renovação das riquezas tributáveis garantindo um estado fiscal suportável.

Nesse diapasão, a tutela ambiental pode ser provocada nas espécies tributárias já existentes como impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e até nas contribuições de intervenção do domínio econômico; devendo existir o aferimento dos recursos para suprir os prejuízos ambientais e a indução de comportamentos preservacionistas.

Nos fundamentos retro contrapostos, é importante que áreas multidisciplinares articulem instrumentos em favor da defesa do Meio Ambiente e sejam aplicados os princípios constitucionais, tributários, ambientais e administrativos na garantia do

[4] ATALIBA, Geraldo. *IPTU: progressividade*. São Paulo: Revista de Direito Público, 1990, página 233.
[5] NABAIS, José Casalta. *Estudo de Direito Fiscal: Por um Estado Fiscal Suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, páginas 620-630.

equilíbrio ecológico. Com efeito, vislumbra-se que a extrafiscalidade socioambiental ganhou maior força nos últimos anos em diversos sistemas tributários que aplicaram reformas na criação de imunidades tributárias em favor de bens e serviços ambientalmente interessantes; e internalizaram repartição de receitas tributárias em razão dos critérios ambientais, de modo a concluir que a Tributação Ambiental terá maior regulação a médio e longo prazo.

A tributação, dessa maneira, tem impacto bastante infalível na assunção dos direitos e garantias fundamentais e na reafirmação da liberdade da atividade econômica, em especial com a criação de instrumentos extrafiscais capazes de expandir o desenvolvimento para além das questões puramente quantitativas e alcançar uma esfera mais humanitária, socialmente justa e solidária.

3) EFEITOS TRIBUTÁRIOS POSITIVOS NA GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL

É de conhecimento público que o consumo desenfreado em razão das constantes inovações tecnológicas, trouxe, por via de consequência o aumento exponencial dos resíduos sólidos da humanidade.

O Brasil somente trouxe um instrumento normativo hábil a tratar dos resíduos sólidos de forma abrangente em 2010, por meio da Lei nº 12.305/10, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). A PNRS foi uma resposta a um dos principais problemas ambientais, sociais e econômicos enfrentados nos tempos atuais: o manejo inadequado dos resíduos sólidos.

O legislador público previu, na PNRS, a prevenção e a redução na geração de resíduos, propôs hábitos de consumo sustentável e trouxe um conjunto de instrumentos que pudessem aumentar a prática da reciclagem e da reutilização dos resíduos sólidos. Ou seja, o texto legal dos idos 2010, veio para pontuar quais as espécies de resíduos podem ter valor econômico e serem recicladas ou reaproveitadas, além de orientar sobre o que seria uma destinação ambientalmente adequada.

Embora a Administração Pública tenha emitido uma série de prazos para cumprimento de metas que envolviam gestão integrada dos resíduos sólidos, a falta de recursos técnicos e financeiros para a elaboração de planos e programas no

ambiente das prefeituras impediu a evolução significativa de políticas públicas ambientais sobre o tema.

Percebeu-se, segundo dados da Assessoria de Imprensa da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – CMADS, para a Câmara dos Deputados (2012), que os municípios mais pobres não oferecem condições de realizar o que determinou a lei, haja vista os entraves burocráticos e culturais que atravessam as problemáticas da coleta e destinação do lixo.

Conforme dados do Ministério do Meio Ambiente, divulgados pela Comissão retro, um grande percentual de planos estaduais e municipais não conseguiram concretizar meios de aplicar o que determina a lei. Posteriormente, estipulou-se prazo para desativação de todos os lixões do país até 2014, porém, mesmo depois de expirado o prazo, os lixões não foram todos extintos. Segundo dados da Fiocruz (2015) que analisou as estimativas do Ministério do Meio Ambiente (MMA), cerca de 59% dos municípios brasileiros ainda dispõem seus resíduos em vazadouros a céu aberto ou aterros controlados (lixões com cobertura precária).

Além da ausência de estrutura técnica, os órgãos municipais questionam a ausência de recursos para cumprir o preconizado em legislações pertinentes, e alegam que não há como criar metas que não possam ser cumpridas.

Nesse contexto, nos moldes epistemológicos do capítulo anterior, a efetivação de agentes econômico-tributários que tragam concretude às políticas públicas ambientais, podem permitir a utilização de recursos para contratação de mão-de- obra qualificada e técnica que ajudem a Administração Pública a superar seus obstáculos operacionais.

Considerar a criação de um sistema de tributos que tragam menos impacto ao contribuinte, que sofre as graves oscilações econômicas atuais, pode ser requisito de progresso sustentável. Nesse tom, os incentivos e benefícios fiscais contribuem para a efetivação de projetos de empreendimento de reciclagem de resíduos sólidos, de novas tecnologias para o setor e estímulo às pesquisas científicas que atenuam as barreiras do desenvolvimento.

Além disso, a solução para os problemas dos resíduos sólidos precisa ser encontrada não apenas na análise econômica das ações públicas, mas também na

análise sociocultural para que exista eficaz redirecionamento no desenvolvimento de políticas de conservação dos recursos naturais.

Nesse sentido, a intervenção estatal para fins ambientais de promover a gestão adequada de resíduos sólidos, pode promover estímulos sustentáveis por meio de renúncia de receitas que estimem o impacto orçamentário- financeiro e em observância ao disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Tais cuidados precisam estar acompanhados de medidas de compensação, em período próprio, uma vez que a Lei de Responsabilidade Fiscal aduz tais regramentos de controle da receita pública no Brasil.

Destarte, com a aplicação do arcabouço legislativo vigente, é possível a regularização do manuseio dos resíduos sólidos com o uso dos instrumentos extrafiscais, que conciliem a sustentabilidade ambiental com um planejamento financeiro formulado nos limites e prioridades das leis orçamentárias.

Ampliar as hipóteses de incentivos fiscais e creditícios para ações da iniciativa privada que ofereçam tratamento dos resíduos sólidos, permite a garantia do conceito de responsabilidade compartilhada na proteção ambiental preconizado na Constituição Federal e torna as administrações municipais mais capazes de cumprir suas obrigações sanitárias e ecológicas.

Visualiza-se no Brasil, que muitos municípios embutem taxas no Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) para conseguir receita para a gestão dos resíduos sólidos. Porém, esse tipo de cobrança nem sempre garante a cobertura total dos gastos operacionais com a coleta, transporte, triagem e destinação dos resíduos, menos ainda para investimento em inovação tecnológica.

Já o tributo estadual denominado de ICMS (Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), na sua modalidade “Ecológico”, pode ser considerado um ótimo exemplo de repartição orçamentária que comporta um fim extrafiscal, eis que parte dos recursos do referido imposto são destinados aos município que investem na criação de unidades de conservação, implementação de sistemas de aterro sanitário, entre outras políticas públicas ambientais de notável impacto no ambiente local.

Outra hipótese de aproveitamento tributário, com fins ambientais e plenamente aplicáveis no ordenamento jurídico atual, está no aproveitamento de crédito presumido com a dedução do IPI (Imposto sobre produtos industrializados) devido nas saídas do estabelecimento industrial de produtos que contenham gêneros de resíduos sólidos.

As professoras Grupenmacher, Cavalcante, Ribeiro e Queiroz analisam que a implementação de uma orientação ecológica nos tributos brasileiros sintoniza as relações entre os Direitos Tributário, Financeiro e Ambiental, no momento em que o Estado – após ter sofrido as consequências dos impactos ambientais, decidiu atuar em sua função extrafiscal dos tributos e intervir no meio socioeconômico. Nessa seara, para que os municípios tenham sustentabilidade financeira e possam aplicar as exigências legais, é viável a instituição das medidas fiscais ora destacadas para a coleta e manejo dos resíduos sólidos urbanos.

4) CONSIDERAÇÕES FINAIS

A degradação ambiental gerada pelo desenvolvimento industrial desenfreado e pelo uso inadequado dos recursos naturais trouxe impactos diretos e indiretos na vida em sociedade. Os modelos econômicos majoritários na maioria dos países adotam uma visão antropocêntrica sendo colocado o ser humano como o elemento central e a natureza a serviço exclusivo de suas necessidades.

Nesse aspecto, os prejuízos decorrentes do uso irracional dos recursos naturais passaram a ser mais bem tratados pelo Poder Público e, no Brasil, acompanhou-se uma evolução legislativa que permitiu o uso dos tributos para proteger o meio ambiente e garantir um desenvolvimento econômico realmente sustentável.

Assim, o presente trabalho procurou demonstrar como a Tributação Ambiental apresenta-se como um mecanismo eficaz, principalmente em tempos de crise econômica, política e socioambiental, vez que redireciona os recursos das espécies tributárias em vez de aumentar a sobrecarga fiscal e aplica a Sustentabilidade nas políticas públicas ambientais.

Dentro do contexto dos principais problemas urbanos e comunitários atuais no Brasil, a pesquisa abordou os conflitos que envolvem a disposição inadequada de resíduos sólidos e os atuais desafios no cumprimento da Política Nacional dos

Resíduos Sólidos, sendo que a sustentabilidade financeira para implantar ações eficientes depende de monitoramento e criação de legislações pertinentes para a coleta e manejo dos resíduos sólidos.

É importante ressaltar, ainda, que o uso do Direito Tributário tem na obtenção do desenvolvimento sustentável faz com que tal ciência cumpra um novo papel e, dentro do contexto dos resíduos sólidos, pode ser mecanismo de estabilidade socioambiental, assegurando os direitos e garantias expostos na Carta Magna.

Como ferramenta de consecução de políticas públicas que promovam a dignidade da pessoa humana, a Tributação Ambiental traz a viabilidade de adoção de isenções, subsídios e incentivos fiscais em prol de atividades capazes de atender as exigências da sociedade hodierna e de proteger o direito das gerações futuras de viverem num meio ambiente ecologicamente equilibrado.

5) REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *IPTU: progressividade*. São Paulo: Revista de Direito Público, 1990, página 233.

BRASIL. *Lei Nº 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2016.

_____. *Câmara dos deputados: Municípios têm dificuldade de cumprir metas da Politica Nacional de Resíduos Sólidos.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cmads/noticias/municipios-tem-dificuldade-de-cumprir-metas-da-politica-nacional-de-residuos-solidos>. Acesso em: 22 de setembro de 2016.

BULLARD, Robert D. *Confronting Environmental Racism: voices from the grassroots,* Boston: South End Press, 1993, páginas 23-26 e 55-56.

GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima, e QUEIROZ, Mary Elbe. *Novos Horizontes da Tributação: Um diálogo luso-brasileiro,* Coimbra: Almedina, 2012, página 116.

NABAIS, José Casalta*. Estudo de Direito Fiscal: Por um Estado Fiscal Suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, páginas 620-630.

PORTAL FIOCRUZ. *Mesmo com sua extinção determinada por lei, lixões persistem*

como problema ambiental. Disponível em: <http://portal.fiocruz.br/pt-

br/content/revista-radis-chama-atencao-para-o-encerramento-do-prazo-para-desativacao-dos-lixoes>. Acesso em: 22 de setembro de 2016.

A projecção dos Direitos Humanos para o futuro

Luís Filipe Guerra[1]

Resumo:

Meio século volvido desde a sua aprovação, os pactos internacionais de direitos humanos da ONU carecem de reflexão sobre a experiência da sua vigência e de um novo fôlego para o futuro.

Nestes últimos 50 anos, o mundo acelerou-se e as transformações políticas, económicas e sociais ocorridas colocaram novos problemas e criaram outras necessidades para consolidar os direitos humanos na nova ordem mundial.

Já não ecoam no seio das sociedades e no interior dos indivíduos os rumores do abalo emocional e psíquico do final da 2ª Guerra Mundial, que permitiu à comunidade internacional consagrar uma declaração consensual que plasmou, sob a forma de direitos, profundas e legítimas aspirações do ser humano. E já não basta o processo histórico ocidental para afirmar e justificar a sua vigência universal.

Entretanto, os impérios coloniais caíram e outros países e outras culturas tomaram assento na ONU, assim como caiu o muro de Berlim e o mundo bipolar que permitiu o reconhecimento não só de direitos civis e políticos de inspiração liberal, por um lado, como também de direitos económicos, sociais e culturais de inspiração socialista, por outro.

Hoje, apesar da imperfeição dos tratados internacionais, da crítica relativista, da deriva securitária, da recessão económica, esses direitos são diariamente reivindicados em todo o mundo, formando uma espécie de reserva moral universal.

Contudo, a proteção jurídica dos direitos humanos carece de reforço e este só pode ser implementado por efeito de uma grande necessidade ou de uma grande inspiração. Por isso, é importante conhecer os passos a dar para se criar essas oportunidades, de forma que se possa escolher a via mais apropriada para o futuro da humanidade.

[1] Jurista, pós-graduado em Ciências Jurídico-Empresariais (UCP) e em Direitos Humanos (UM), atualmente a trabalhar como juiz de paz, com prévia experiência profissional como advogado e mediador de conflitos, membro fundador do Observatório dos Direitos Humanos, como representante do Centro de Estudos Humanistas "Ações Exemplares", organismo do Movimento Humanista. (guerra.luisfilipe@gmail.com)

Palavras-chave: direitos humanos, experiência, reflexão, futuro, inspiração.

Abstract:

Half a century after their approval, the international covenants of human rights necessitate a reflection on their experience and a new breath for the future.

In these last 50 years, the world accelerated and the social, political and economical transformations that have occurred, placed new problems and create other necessities in order to reinforce the human rights in the new world order.

The rumors of the emotional and psychic shock of the 2.nd World War final, which allowed the international community to establish a consensual declaration that molded, under the form of rights, deep and legitimate aspirations of the human being, don't reverberate anymore in the breast of societies and the internal of individuals. And the western historical process is not enough anymore to affirm and justify their universal effectiveness.

Meanwhile, the colonial empires fell and other countries and cultures took place in the UNO, as also fell the wall of Berlin and the bipolar world which allowed the recognition not only of civil and political rights from a liberal inspiration, on one side, but also of economical, social and cultural rights from a socialist inspiration, on the other side.

Today, in spite of the imperfection of international treaties, the relativist criticism, the securitarian drift and the economical recession, those rights are daily claimed all around the world, forming a kind of universal moral reservoir.

Yet, the juridical protection of human rights need reinforcement and this can only be settled because of a big necessity or a great inspiration. Therefore, it is important to know the steps in order to create those opportunities, for having the choice of the most appropriate way for the future of human kind.

Keywords: Human rights, experience, reflection, future, inspiration.

I. Introdução

Em 1966, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), por um lado, e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

(PIDESC), por outro, na sequência da prévia aprovação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

A adoção destes pactos surgiu do reconhecimento da insuficiência do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, uma vez que a DUDH não é um tratado, não tendo, por isso, carácter vinculativo, pelo menos diretamente.[2]

Muito embora tenham sido aprovados em 1966, o PIDCP e o PIDESC só entraram em vigor na ordem internacional - e também em Portugal - dez anos depois, uma vez que estiveram a aguardar o número mínimo de ratificações estatais para o efeito. Assim, em rigor, o período da sua vigência reduz-se às últimas quatro décadas.

Em qualquer caso, nestes últimos cinquenta anos, o mundo acelerou-se e as transformações políticas, económicas e sociais ocorridas colocaram novos problemas e criaram outras necessidades para consolidar os direitos humanos na nova ordem mundial.

Do mesmo modo, as condições psicossociais e políticas que propiciaram o advento da Carta das Nações Unidas e da DUDH, também se modificaram. De facto, já não ecoam no seio das sociedades e no interior dos indivíduos os rumores do abalo emocional e psíquico do final da 2ª Guerra Mundial, que permitiu à comunidade internacional encontrar um consenso para plasmar, sob a forma de direitos, profundas e legítimas aspirações do ser humano. E, por outro lado, já não basta evocar o processo histórico ocidental – tanto no plano das ideias como das reformas e revoluções democráticas levadas a cabo até aos nossos dias - para afirmar e justificar a sua vigência universal. Na verdade, entretanto, os impérios coloniais caíram e outros países e outras culturas tomaram assento na ONU, assim como caiu o muro de Berlim e o mundo bipolar que permitiu o reconhecimento não só de direitos civis e políticos de inspiração liberal, por um lado, como também de direitos económicos, sociais e culturais de inspiração socialista, por outro. Além disso, a própria superioridade moral ocidental, alicerçada no seu maior desenvolvimento económico e social,

[2] De facto, há jurisprudência do TIJ que tem procurado integrar os preceitos da DUDH no direito internacional consuetudinário e também doutrina que sustenta que a Carta das Nações Unidas remete implicitamente para a mesma, pelo que a adesão à ONU implicaria o seu reconhecimento jurídico automático. Evidentemente, esta questão só tem importância prática para aqueles países que, sendo membros da ONU, não subscreveram os PIDCP e PIDESC.

começa a ser posta em causa, por força da gestão da crise dos refugiados e da ameaça terrorista, por um lado, e com a emergência de outras potências económicas, por outro.[3] [4]

II. O sistema internacional dos direitos humanos[5]

Para se adaptar à mudança histórica, o sistema de proteção dos direitos humanos da ONU sofreu uma evolução considerável ao longo do tempo de vigência dos pactos internacionais acima aludidos. Como marcos mais assinaláveis, destacam-se, por um lado, a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), em 1993 (Resolução 48/141 da Assembleia Geral), e a criação do Conselho dos Direitos Humanos, em 2006 (Resolução 60/251 da AG). Concomitantemente, a Comissão de Direitos Humanos, que existia no seio do Conselho Económico e Social, foi extinta no mesmo ano. Por outro lado, merecem ainda destaque os Protocolos Facultativos ao PIDCP (1966, com entrada em vigor na ordem internacional em 1976) e ao PIDESC (2009, com entrada em vigor na ordem internacional em 2013), que vieram abrir a possibilidade de particulares apresentarem queixa contra os Estados Partes de que são nacionais ou onde residem legalmente.[6]

Note-se que o sistema de direitos humanos da ONU é complexo, uma vez que, além daqueles dois órgãos, também os órgãos originais da Carta das Nações Unidas (Conselho de Segurança, Assembleia Geral, Conselho Económico e Social, com as suas comissões funcionais, e Tribunal

[3] A crise atual dos refugiados sírios e, em menor medida, iraquianos, afegãos e eritreus, veio pôr a nu as fragilidades do sistema internacional de proteção dos refugiados e, em particular, a falta de compromisso e de solidariedade de grande parte dos países europeus. Por outro lado, a resposta securitária dada pelas potências ocidentais na sequência de atentados terroristas no seu território tem implicado frequentes vezes o desrespeito pelos direitos humanos mais básicos, nomeadamente pela vida, a integridade física e moral e a dignidade humanas.

[4] É o caso dos chamados países emergentes, com destaque para a China, cujo regime político não se filia na tradição democrática liberal ocidental.

[5] Pese embora o seu relevante papel na defesa dos direitos humanos, ficam fora deste estudo os sistemas de regionais de proteção dos mesmos, nomeadamente na Europa (Conselho da Europa, Organização de Segurança e Cooperação Europeia e União Europeia), África (União Africana) e América (Organização de Estados Americanos).

[6] Nestes casos, a queixa só é, em princípio, admissível depois de esgotados os recursos jurisdicionais internos. Por outro lado, nem todos os países membros da ONU subscreveram estes pactos e, além disso, nem todos os Estados Partes aceitaram os respetivos protocolos facultativos, restringindo o âmbito geográfico da jurisdição dos Comités criados por cada um dos tratados. A informação sobre os Estados Partes de cada um dos pactos e que subscreveram os referidos protocolos está disponível na Internet em http://www.ohchr.org/ (site oficial do ACNUDH).

Internacional de Justiça) têm um papel ativo, dentro do seu quadro de competências, no sentido da proteção daqueles. Além disso, paralelamente, existem comités especiais criados no âmbito dos diversos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, como acontece com o PIDCP e o PIDESC.[7] Contudo, não há dúvida que a ação daqueles dois órgãos acima salientados ajudou a dar outra amplitude e visibilidade ao papel da ONU no domínio da proteção dos direitos humanos, até porque a sua jurisdição não está limitada aos Estados Partes dos diversos tratados internacionais, nomeadamente dos dois pactos acima aludidos.

O ACNUDH é dirigido pelo Subsecretário-Geral da ONU e tem como missão inserir os direitos humanos na atividade da orgânica da ONU; estabelecer parcerias e desenvolver programas de cooperação técnica com governos, personalidades e organizações não-governamentais (ONG) e outras entidades nacionais e internacionais; atribuir bolsas de estudo; e levar a efeito um vasto programa de publicações e de formação no âmbito dos direitos humanos. Cabe ainda a este órgão prestar apoio especializado e secretariar os organismos de direitos humanos da ONU, como é o caso do Conselho de Direitos Humanos e seus mecanismos subsidiários, assim como os comités dos tratados. O ACNUDH leva também a cabo atividades de implementação dos direitos humanos no terreno, concretamente através dos seus gabinetes locais e regionais, bem como da integração de conselheiros de direitos humanos nas diversas equipas da ONU, nomeadamente em operações de manutenção da paz e na sua Unidade de Resposta Rápida.[8]

Como refere Cutileiro, o ACNUDH *"é hoje um instrumento fundamental no acompanhamento pelas Nações Unidas, em comités para isso designados, do cumprimento pelos países dos principais tratados sobre direitos do homem e, também, no apoio aos representantes e relatores independentes, nomeados pela Comissão dos Direitos do Homem, uns que têm sob a sua alçada países,*

[7] Referimo-nos ao Comité dos Direitos do Homem e ao Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Além destes, existem ainda o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, o Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, o Comité dos Direitos da Criança, o Comité para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, o Comité contra a Tortura, o Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência, e o Comité sobre os Desaparecimentos Forçados, criados por tratados temáticos afins.

[8] Cfr. Raquel Tavares. *O Sistema das Nações Unidas.* Disponível na Internet em www.gddc.pt e consultado em 28/09/2016.

outros cujos mandatos são temáticos. (…) O Alto Comissário chama a atenção de governos e da Comissão dos Direitos do Homem para problemas do foro desta, alerta e ajuda a sociedade civil em múltiplas campanhas em prol dos direitos do homem, fornece, em Genebra e nas suas delegações no terreno, colaboração técnica e pedagógica a governos que a queiram receber. [9]

Por sua vez, o Conselho dos Direitos Humanos (CDH) é um órgão intergovernamental, composto por 47 Estados eleitos pela Assembleia Geral, com competência específica na área dos direitos humanos. Está sedeado em Genebra, sendo o seu secretariado assegurado pelo ACNUDH. Reúne em 3 sessões ordinárias por ano, no mínimo durante dez semanas, bem como em sessões extraordinárias. Nas suas sessões participam, não só Estados membros, mas também Estados observadores, ONG e instituições nacionais de direitos humanos. Organiza debates e toma resoluções e decisões sobre questões e situações de direitos humanos, sendo geralmente por sua iniciativa que são criados novos instrumentos internacionais neste domínio.[10]

Para levar a efeito a sua missão, o CDH criou uma série de mecanismos subsidiários, com destaque para os procedimentos especiais, o mecanismo de Revisão Periódica Universal e um procedimento de queixa.[11]

Os primeiros são mandatos exercidos por especialistas independentes em direitos humanos, que fazem o seguimento de questões ou situações de direitos humanos e informam sobre elas o CDH e pontualmente a Assembleia Geral. Estes mandatários podem ser temáticos (seguem determinada matéria de direitos humanos em todo o mundo) ou por países (monitorizam a situação geral de direitos humanos em certo país). Podem ainda ser individuais (exercidos por pessoa singular, designado por Relator Especial, Perito Independente ou Representante Especial do Secretário-Geral) ou conformar- se como grupos de trabalho (compostos por cinco membros, um por cada grupo regional).[12]

Os procedimentos especiais têm jurisdição sobre todos os Estados membros da ONU, quer o país em causa seja ou não Parte em algum tratado

[9] José Cutileiro. *O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos*. Disponível na Internet em https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/1414/1/NeD104_JoseCutileiro.pdf e consultado em 27/09/2016.
[10] Cfr. Raquel Tavares, *obra citada*.
[11] Além destes, existem ainda o Comité Consultivo e os grupos de trabalho diversos.
[12] Cfr. Raquel Tavares, obra citada.

concreto de direitos humanos e esta é uma das vantagens que apresentam. Embora o conteúdo dos seus mandatos varie, consoante as resoluções que os instituíram, normalmente efetuam visitas ao terreno, recolhem e analisam informação provinda de qualquer fonte credível e apresentam ao CDH e à Assembleia Geral relatórios com recomendações.[13]

Por sua vez, o mecanismo de Revisão Periódica Universal traduz-se num novo instrumento criado pelo CDH, com a função de apreciar, periodicamente, a situação dos direitos humanos em todos os países do mundo. Essa análise é realizada por um Grupo de Trabalho, que debate a situação de todos os países em ciclos de quatro anos. Em resultado dessa discussão, são dirigidas recomendações ao Estado sob análise, que pode escolher as que aceita.[14]

Por último, o procedimento de queixa tem natureza confidencial e permite a apresentação de queixas por "padrões de violações flagrantes" de direitos humanos contra qualquer Estado. O CDH formou dois grupos de trabalho para processar estas queixas: o "Grupo de Trabalho sobre Situações", que procede a uma triagem inicial das mesmas; e o "Grupo de Trabalho sobre Comunicações", que aprecia o mérito das queixas que passarem esse filtro inicial. Se for considerado que a queixa tem fundamento, esta poderá ser levada ao Conselho.[15]

III. A situação atual

Pese o exposto, atualmente, os direitos humanos sofrem a erosão da crítica relativista, da deriva securitária e da recessão económica subsequente à crise financeira de 2008, pelo que é tangível um certo retrocesso dos mesmos em todo o mundo.

A esse propósito, já tivemos ocasião de afirmar que *"hoje, os direitos humanos não têm uma vigência universal efetiva, desde logo porque enfrentam o choque não só do relativismo cultural[16], mas também da recente legislação*

[13] Ibidem.
[14] Ibidem.
[15] Ibidem.
[16] O relativismo cultural nega o universalismo dos direitos humanos e interpreta estes como uma imposição da cultura ocidental sobre os outros povos. Ainda que se admita que a génese dos direitos humanos se dá no contexto cultural ocidental e que os mesmos foram recentemente instrumentalizados para efeitos de intervenções armadas ditas "humanitárias" ou "democratizadoras" por parte de potências ocidentais, o reconhecimento "das realidades culturais diversas não invalida a existência de uma estrutura humana comum em devir histórico

securitária antiterrorista e anti-imigração[17], por um lado, e dos efeitos do processo de globalização sobre os Estados nacionais, obrigados a processos de ajustamento orçamental que minam o Estado Social[18], por outro.[19]

Porém, paralelamente a esta situação, esses direitos são diariamente reivindicados em todo o mundo, formando uma espécie de reserva moral universal.

O reconhecimento do seu valor moral universal advém do facto dos direitos humanos traduzirem, ainda que de forma imperfeita, no plano jurídico, a profunda aspiração de não-violência que é partilhada por todas as culturas e que se sintetiza na regra de ouro da ética (que se pode enunciar como "trata os outros como queres ser tratado", pese embora as diferentes formulações que foi encontrando nos diversos contextos culturais ao longo do tempo).[20]

Nesse sentido, apesar da imperfeição dos tratados e das resistências à sua aplicação, os direitos humanos constituem-se como um património comum da humanidade.

De resto, importa reconhecer que, apesar de tudo, os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos tiveram um papel relevante no desenvolvimento pessoal e social do último meio século, até pela influência que

---

e em direção convergente" (Silo, *Obras Completas, Vol. I*: *Cartas aos Meus Amigos*. Madrid, Ediciones Humanistas, 1999, pág. 640).

[17] A legislação especial antiterrorista permitiu criar situações de exceção aos princípios de direito penal acolhidos nos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, como acontece com a proibição da tortura e de tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, ou a limitação do tempo de detenção sem culpa formada, de que a prisão norte- americana de Guantánamo tem sido um dos exemplos mais marcantes no contexto cultural ocidental. Por sua vez, os centros de detenção temporária de imigrantes em situação irregular, onde os mesmos podem permanecer até seis meses a aguardar a conclusão do seu processo de expulsão, no caso de alguns países europeus, desafiam também aquelas mesmas normas. O mesmo se diga dos preceitos legais que limitam o direito ao reagrupamento familiar a um só cônjuge, ainda que o imigrante em situação regular esteja validamente casado, à luz da lei do seu país de origem, com mais de uma pessoa, impondo-se uma interpretação restritiva, conforme à visão cristã, dominante no ocidente, do direito de constituição de família.

[18] Os deveres que constituem o correlato dos direitos económicos, sociais e culturais, cabem normalmente aos Estados, através das chamadas prestações sociais. A perda de capacidade dos Estados para continuarem a assegurar o cumprimento desses deveres, potenciada pela recente crise financeira internacional que obrigou aqueles a intervirem no setor bancário e a conterem a sua despesa social, põe em causa a universalidade dos direitos humanos, nomeadamente com a extinção, redução ou privatização dos serviços públicos respetivos.

[19] Cfr. do autor: *Observatório dos Direitos Humanos – A Não-Violência em Ação*, conferência proferida na I Jornada Internacional de Direitos Humanos. Universidade do Minho, 2012. Disponível na Internet em www.observatoriodireitoshumanos.net.

[20] A "ahimsa" de Gandhi, o "amor universal" de Mo Tzu, o imperativo ético kantiano, o "ubuntu" sul-africano, assim como certos mandamentos das grandes religiões, são diferentes traduções da mesma ideia. (cfr. Silo. *Obras Completas, Vol. II: Diccionario del Nuevo Humanismo*. Madrid. Ediciones Humanistas, 1999, pág. 537/539 e 584).

tiveram sobre as legislações nacionais e sobre a sociedade civil dos países. E também é necessário reconhecer que o respeito pelos mesmos implicaria uma mudança substancial positiva nas condições de vida de muitos milhões de pessoas.

No entanto, o edifício dos direitos humanos não estará completo sem uma regulação mais efetiva da liberdade de circulação interestadual e do direito de estabelecimento, incluindo o direito de asilo.[21]

E, por outro lado, permanece por resolver a questão da plasticidade cultural dos direitos humanos, sem se ofender o seu conteúdo mínimo, e da justiciabilidade dos mesmos, nomeadamente quando os meios nacionais não são suficientes para a sua proteção ou é o próprio Estado o seu agressor. De resto, a tensão entre a soberania nacional e a ordem internacional continua a fazer-se sentir, nomeadamente como forma de resistência das nações aos efeitos da globalização homogeneizadora e de controlo do poder por minorias antidemocráticas. Paralelamente, os Estados nacionais sofrem o duplo impacto de pressões fragmentadoras, havendo casos em que já não controlam de modo efetivo parte do seu território[22], e da necessidade de integração em regiões políticas ou económicas mais amplas, como forma de adaptação ao momento histórico atual.

IV. Projeção para o futuro

A conformação atual de um mundo multipolar, formado por grandes regiões culturais, fortemente interrelacionadas e interpenetradas, por força das trocas comerciais, dos meios de comunicação massivos e dos fluxos migratórios, permite vislumbrar o advento de um novo momento histórico.

Nesse contexto, é legítimo e necessário perguntar que papel estará reservado aos direitos humanos no futuro, designadamente se poderão continuar a motivar os melhores esforços no sentido da liberdade e felicidade humanas.

---

[21] De facto, na ordem internacional, está apenas consagrado o estatuto de refugiado, o qual confere somente o direito de "non-refoulement", mas não reconhece o direito de asilo, com a extensão que o mesmo existe, por exemplo, no espaço europeu. Por outro lado, as restrições à imigração não param de aumentar, com o barramento de fronteiras e a construção de muros, sem que se reconheça, nesse caso, que exista uma violação de direitos humanos, considerando estes do ponto de vista literal.

[22] Os casos da Ucrânia, Síria, Iraque, Iémen, Líbia e Somália, ilustram esta tendência.

Isso exigirá que os direitos humanos, tal como estão plasmados nos tratados internacionais, continuem a traduzir as melhores aspirações humanas, num contexto de diversidade cultural convergente.[23] Ou dito de outro modo, que os diversos povos e indivíduos adiram aos valores protegidos e promovidos pelas normas dos referidos tratados, ainda que a redação dos mesmos venha a sofrer alterações.[24]

Segundo A. Toynbee (1889-1975), as culturas e civilizações seguem um processo comum de nascimento, desenvolvimento e queda.[25] Invariavelmente, conforme o mesmo autor, a génese de uma civilização tem por base uma experiência mística (ou religiosa) pessoal ou coletiva portadora de uma nova mundividência. Nessas situações, ocorre uma transformação do substrato psicossocial, reorientando o sentido da atividade humana.[26]

Nesse sentido, os direitos humanos positivados são tributários da civilização cristã ocidental e traduzem a direção desta marcada pela culpa e a busca de redenção. Contudo, essa direção compensatória é por si só insuficiente para continuar a projetar no futuro universalmente os direitos humanos.

Por isso, torna-se necessário reinventar os direitos humanos, ampliando o seu alcance, com base na ideia da não-violência, património comum da humanidade.

De acordo com algumas interpretações, a História dos Direitos Humanos começou, na verdade, com a conquista da Babilónia pelo imperador persa Ciro II (600/575AC - 530AC), o qual libertou os escravos e restabeleceu a liberdade

[23] Convergência dada pelos diferentes "momentos humanistas" de cada cultura (cfr. Silo. *Obras Completas, Vol. I: Habla Silo*. Madrid. Ediciones Humanistas, 1999, pág. 878/895.
[24] O recente reconhecimento do direito à água e ao saneamento público (cfr. Resolução da AG da ONU A/RES/64/292, de 28/07/2010) é um exemplo da possibilidade de alargamento (ou modificação) dos direitos humanos.
[25] Arnold J. Toynbee. A Study of History. Oxford. Oxford University Press, 1934.
[26] Silo. Conferência "*Modificación del Trasfondo Psicosocial*", 1982. Disponível na Internet em http://sabiosguerrerosypoetas.blogspot.pt/2013/12/modificacion-del-trasfondo-psicosocial.html e consultado em 28/09/2016.

de culto.[27] Esse gesto revolucionário só foi possível à época porque o mesmo estava inspirado pela nova espiritualidade proposta por Zaratustra.[28]

Deste modo, a nova civilização mundial nascente carece de uma nova comoção psíquica positiva que tenha como efeito a criação de um novo horizonte espiritual. Essa experiência poderia dar-se por efeito de uma grande necessidade (um grande susto) ou por via intencional.

A primeira via implica uma situação-limite, como a que se viveu com a 2ª Guerra Mundial, com o seu enorme preço em vidas humanas e sofrimento. É evidente que esse é um cenário possível de se repetir, face ao potencial bélico acumulado e aos fatores de confrontação que se vão perfilando no horizonte, nomeadamente entre as grandes regiões culturais atuais. Nesse sentido, os conflitos regionais contemporâneos, mormente no Médio Oriente, encerram um perigo grave de escalada. Além da possibilidade de uso de meios de destruição massiva (armas nucleares e químicas), as consequências desses conflitos podem provocar novas migrações coletivas, fome e epidemias, colocando a espécie humana em risco. Embora a História tenha vários exemplos de situações de forte necessidade que levaram à formação de novos mitos civilizacionais[29], essa é uma via repetitiva e destrutiva que urge evitar.

A outra via exige uma intenção dirigida ao reconhecimento dos significados inspiradores no interior de cada um e nos outros ou, dito de outro modo, ao reconhecimento da própria humanidade e dos outros na profundidade da consciência, para lá das diferenças circunstanciais de cada povo e indivíduo. A importância de eludir o "eu" (com as suas tensões e compulsões) e de encontrar o "si mesmo" (ou o inominável) é conhecida em muitas culturas.[30] É uma experiência empiricamente conhecida das pessoas enamoradas e dos

---

[27] Cfr. Documentário produzido por United for the Human Rigths (www.humanrights.com), disponível na Internet em https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=uCnIKEOtbfc e visualizado em 28/09/2016.

[28] Cfr. Dario Ergas. *Estudio sobre Unidad, Dualismo y Libertad en Zarathustra*. Parque de Estudios y Reflexión Punta de Vacas, 2015. Disponível na Internet em www.parquepuntadevacas.org e consultado em 28/09/2016.

[29] Cfr. Silo. *Obras Completas, Vol. I: Mitos Raices Universales*. Madrid. Ediciones Humanistas, 1999.

[30] A ela referiram-se, entre outros, Lao-Tsé (China), Buda (India), Ibn Arabi (Al-Andalus), Carl Jung (Europa) e, mais recentemente, Silo (América do Sul).

artistas e cientistas que apelam à inspiração.[31] Porém, a consciência inspirada pode generalizar-se e voltar a tocar a construção humana de novo, resgatando o mais positivo de cada cultura para modelar os sistemas políticos, económicos e sociais dos novos tempos. O acesso aos espaços profundos da mente está ao alcance de todos aqueles que meditam em humilde busca, mediante procedimentos estudados.[32] Em contacto com esses espaços internos, a consciência amplia-se e o medo retrocede; o intelecto ganha lucidez, o coração compadece-se e o corpo distende-se…

Os efeitos pessoais e sociais dessas experiências inspiradoras poderão permitir substituir o atual paradigma marcado pelo temor, o individualismo e a competição, por outro sob o signo da abertura, da reciprocidade e da cooperação, com respeito pela diversidade pessoal e cultural.

Nesse contexto, a ordem internacional poderá sofrer as reformas de que carece para implementar um sistema de direitos humanos mais simples e mais efetivo. Estas passarão seguramente pelo alargamento do Conselho de Segurança, de modo a deixar de haver distinção entre membros permanentes e membros temporários, mormente quanto ao direito de veto, a dotá-lo de uma composição mais representativa do mundo contemporâneo e a eliminar a possibilidade do uso da violência bélica para resolver conflitos. Por sua vez, o CDH poderá integrar os comités especiais de cada tratado, dando um tratamento coerente a todas as queixas recebidas de pessoas e organizações, além de poder canalizar as mesmas para o Tribunal Internacional de Justiça, quando fundamentadas, de modo a que o queixoso, sem prejuízo do contraditório, possa obter reparação do Estado prevaricador e este seja compelido a modificar a sua legislação ou prática, tal como já acontece, no contexto europeu, com o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Além disso, o ACNUDH estenderá a sua atividade não apenas aos países membros, mas também a todas as entidades que estejam em condições de exercer o poder político numa dada região do planeta, de modo a abrir canais de diálogo e de

[31] Silo. *Silo a Céu Aberto: Celebração da Inauguração da Sala Sul-Americana*. Madrid. Ediciones Léon Alado, 2014.
[32] Silo. *Apuntes de Psicología: Psicología IV*. Rosario, Ulrica Ediciones, 2006 e *Las Cuatro Disciplinas*, disponível na Internet em http://www.parquepuntadevacas.net/Producciones/Las-Cuatro-Disciplinas-es.pdf e consultado em 30/09/2016.

respeito pelos direitos humanos em todo o mundo, independentemente das transformações políticas do mesmo.

V. Conclusões:

Os direitos humanos, como traduções de uma aspiração universal de não-violência, fazem parte do património comum da humanidade.

Nesse sentido, pese embora a sua formulação imperfeita e as críticas e resistências que sofrem, os direitos humanos têm o seu espaço próprio no presente e condições para manterem a sua vigência no futuro, na medida em que se saibam fundar numa nova espiritualidade universal.

A nova civilização mundial nascente carece de uma nova comoção psíquica positiva que tenha como efeito a criação de um novo horizonte espiritual. Essa experiência poderia dar-se por efeito de uma grande necessidade (um grande susto) ou por via intencional.

Os efeitos pessoais e sociais dessa experiência inspiradora poderão permitir substituir o atual paradigma marcado pelo temor, o individualismo e a competição, por outro sob o signo da abertura, da reciprocidade e da cooperação, com respeito pela diversidade pessoal e cultural.

Nesse contexto, a ordem internacional poderá sofrer as reformas de que carece para implementar um sistema de direitos humanos mais simples e mais efetivo.

BIBLIOGRAFIA:

- Cutileiro, José. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Disponível na Internet em https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/1414/1/NeD104_JoseCutileiro.pdf

Ergas, Dario. *Estudio sobre Unidad, Dualismo y Libertad en Zarathustra*. Parque de Estudios y Reflexión Punta de Vacas, 2015. Disponível na Internet em www.parquepuntadevacas.org

- Guerra, Luís Filipe. *Observatório dos Direitos Humanos – A Não-Violência em Ação*, conferência proferida na I Jornada Internacional de Direitos Humanos. Universidade do Minho, 2012. Disponível na Internet em www.observatoriodireitoshumanos.net

- Silo. *Obras Completas, Vol. I: Cartas a Mis Amigos, Mitos Raices Universales, Habla Silo*. Madrid. Ediciones Humanistas, 1999

Silo. *Obras Completas, Vol. II: Diccionario del Nuevo Humanismo*. Madrid. Ediciones Humanistas, 1999

Silo. *Apuntes de Psicología: Psicología IV*. Rosario, Ulrica Ediciones, 2006

- Silo. *Silo a Céu Aberto: Celebração da Inauguração da Sala Sul-Americana*. Madrid. Ediciones Léon Alado, 2014

Silo. Conferência "*Modificación del Trasfondo Psicosocial*", 1982. Disponível na Internet em http://sabiosguerrerosypoetas.blogspot.pt/2013/12/modificacion-del-trasfondo-psicosocial.html

Silo. *Las Cuatro Disciplinas*, disponível na Internet em http://www.parquepuntadevacas.net/Producciones/Las-Cuatro-Disciplinas-es.pdf

- Tavares, Raquel. *O Sistema das Nações Unidas.* Disponível na Internet em www.gddc.pt

Toynbee, Arnold J. *A Study of History*. Oxford. Oxford University Press, 1934

Uma análise das possibilidades de regulação jurídica das nanotecnologias sob a perspectiva do artigo 3° da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Wilson Engelmann[1]
Cristine Machado[2]

RESUMO: Incontestavelmente os atuais efeitos dos avanços tecnológicos junto à sociedade têm sido um obstáculo para as transformações do mundo jurídico. Neste quadro, se destacam o desenvolvimento das nanotecnologias, método de manipulação de partí- culas que se desenvolve numa escala equivalente à 1 bilhão de partes de 1 metro, e que apesar de estar se revelando como uma tecnologia que veio para ficar, ainda está cer- cado de muitas incertezas e consequências não mensuradas. A insegurança surge pois o legislador ainda não se manifestou efetivamente sobre o assunto. Propõe-se que seja realizada uma análise a partir do texto do artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a fim de estudar alternativas para estabelecer marco regulatório alicerçado na legislação vigente. Uma vez que as nanotecnologias podem ocasionar riscos e danos futuros desconhecidos, o artigo III da Declaração está correndo sérias ameaças, pois o desenvolvimento científico-tecnológico na escala nano apresenta indicativos de comprometer a vida humana e, a partir daí, interferindo na liberdade e segurança pessoal de cada ser humano. Portanto, como objetivos específicos tem-se a descrição da atual situ- ação das nanotecnologias na sociedade e a análise do artigo 3º DUDH e seu impacto nas relações jurídicas no Direito Brasileiro.

Palavras chaves: nanotecnologias, direitos humanos, Direito, regulação.

ABSTRACT: Unquestionably the current effects of technological advances in society have been an obstacle to the transformation of the legal world. There are highlights to the development of nanotechnologies, where this method of manipulating the particles is developed around a nanoscale that equals 1 meter split in 1 billion parts, and although it is unfolding as a technology that is here to stay, it is surrounded by many uncertainties, and possible unmeasured consequences. The insecurity arises base on the fact the legislator hasn't yet effectively approached the subject. It is proposed is this study an analysis of Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights, in order to study alternatives to establish regulatory framework based on existing legislation. Since the nanotechnologies could cause unknown risks and future damages, the article 3rd of the Declaration is facing serious threats once the scientific and technological development in the nanoscale has shown possibilities that can endanger human life and, in a way that starts interfering with the freedom and security of people. Therefore, the specific objective is to describe the current situation of nanotechnologies in society and the analysis of Article 3 UDHR and its impact on legal relations in Brazilian Legal System.

[1] Dr, Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito dos Negócios;Coordenador Adjunto do Programa de Pós Gradução- Mestrado e Doutorado em Direito da Unisinos/RS; bolsista de produtividade do CNPq; coordenador do grupo de Pesquisa JUSNANO. E-mail: wengelmann@unisinos.br
[2] Graduanda em Direito, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista de iniciação científica CNPq; integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO. E-mail: kisinha7@hotmail.com

Keywords: nanotechnologies, human rights, Legal System, regulation.

INTRODUÇÃO

Dentre as tantas maravilhas disponíveis na modernidade, estão em destaque as brilhantes e fabulosas criações da mente humana. As novas e modernas ferramentas aliadas à criatividade tem lançado um novo conceito de mundo, e tais inovações e o contínuo desenvolvimento das tecnologias proporcionam à sociedade esse novo modelo de futuro, ao passo que as invenções mais inimagináveis, constantemente emergem por todos os lados. Assim, o surgimento das nanotecnologias nesta equação, em realidade, provocou um efeito ainda mais inesperado nas expectativas dos avanços tecnológicos, e rapidamente deixou-se de habitar o presente e se passou a habitar o futuro, este que não mais é vislumbrado no mundo da ficção, mas sim, no mundo real e está sendo vivido no agora.

À medida que estas descobertas vão avançando, os inúmeros efeitos, tanto positivos quanto negativos passam a surgir. E quando se fala nas nanotecnologias, ainda há de se falar em riscos e incertezas, isso porque existem dois primordiais aspectos que são quase inexistentes como resultado da avaliação desta nova técnica-científica. São eles: (a) a insuficiência de pesquisas que avaliem os riscos em longo prazo seja para a saúde humana, ou para o meio ambiente; (b) insuficiência marco-regulatório que norteie a evolução desta nova técnica.

Essa incerteza acerca das nanotecnologias é um obstáculo para o mundo jurídico, logo, também representa ameaça ao exercício dos direitos humanos, em especial os aspectos decorrentes do artigo III da Declaração Universal de Direitos Humanos. Portanto, propõe-se a analisar o que são, e o que se pode esperar das nanotecnologias no mundo jurídico, além disso, pretende-se avaliar os Direitos Humanos, partido da ideia do artigo III, e alicerçado na legislação brasileira que versa sobre o Direito à informação do Consumidor, pois o desenvolvimento científico-tecnológico na escala nano apresenta indicativos que podem comprometer a vida humana e, a partir daí, poderão interferir na liberdade e segurança pessoal de cada ser humano.

A metodologia utilizada é a fenomenológico-hermenêutica. Este método de abordagem visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado, pois ele está

no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Isto é, ele está diretamente relacionado com o objeto de estudo, uma vez que está ativamente participando da realidade, assim se constata o fenômeno. E é a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger[3] e Hans-Georg Gadamer[4], que a fenomenologia recebe atribuições de sentido. Assim, as nanotecnologias são um exemplo desses acontecimentos, e entende-se que, um fenômeno poderá gerar efeitos positivos ou negativos.

Ressalta-se que o debate acerca das nanotecnologias está alicerçado na importância que o tema representa na sociedade atual. Segundo dados apurados pelo Stat-Nano[5] são 5.939 produtos distribuídos em 47 países[6]. No Brasil, em dados divulgados pela ANVISA em 2014[7], já se contava com pelo menos 637 produtos, tais dados foram apurados pela voluntariedade das empresas informarem ao órgão sobre o uso de nano- tecnologia. Assim identifica-se que a falta de uma legislação específica que regule as transações que envolvem produtos nanotecnológicos, é de fato um empecilho para os cidadãos, tanto no âmbito social como no âmbito jurídico. Desta forma, busca-se desen- volver ideias que possam contribuir para encaixar as nanotecnologias nas normativas já vigentes, sob uma perspectiva dos Direitos humanos, mais especificamente, a fim de estudar alternativas para estabelecer marco regulatório alicerçado nesta legislação.

DESENVOLVIMENTO, NANOTECNOLOGIAS, E O DIREITO.

Resta claro que, com todas estas transformações, ficou ainda mais difícil quantificar os impactos das novas tecnologias como um todo, isso porque as tecnologias participam dos mais simples e básicos aspectos da vida humana, bem como dos mais complexos acontecimentos. Além de muitas outras particularidades, pode-se observar que a

[3] GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva:* A virada hermenêutica. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis,Vozes, vol. II., 2007.
[4] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo.* Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis,Vozes, Parte I, 2002.
[5] StatNano was established in 2010 as a gateway to the latest information and statistics in nano-based Science, Technology and Industry. The mission of StatNano is to monitor the status of nanotechnology development and policies in the world. Disponível em: < http://statnano.com/aboutus >. Acesso em 18 set. 2016.
[6] NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE (NPD). Disponível em: < http://product.statnano.com >. Acesso em 28 set. 2016.
[7] ANVISA (2014). *Diagnóstico Institucional de Nanotecnologia*, Comitê Interno de Nanotecnologia. Dispo- nível em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/fb117d80436c3cacb1b5b72a042b41f5/Diagn%C3%B3stico+Institucional+de+Nanotecnologia+-+CIN+2014+-+Dicol.pdf?MOD=AJPERES> Acesso em 18 set. 2016.

industrialização e a produção de mercadorias em massa também tornaram a população mais dependente, pois estão intrinsicamente relacionados com o consumo destes bens, que vão desde a alimentação até as mais íntimas peculiaridades da vida cotidiana.

Os avanços tecnológicos nos eletrônicos também representam uma drástica mudança no comportamento e no estilo de vida das pessoas, tendo se solidificado com toda força na vida humana, e a impressão que se tem, é que desde sempre existiram. Os celulares, por exemplo, que nos dias atuais nos guiam por um simples *touch* na tela, e são carregados na palma da mão. Lembremos que o tão famoso e cobiçado *Iphone,* passou a integrar nossa realidade apenas há 8 anos atrás. O aparelho foi originalmente lançado em 2007[8], e representou um marco no mundo dos *smartphones.* Mas não foram apenas isso, mas também um marco para o início de mais uma nova era de transforma- ções sociais acomodando-se ao magnífico mundo virtual.

No entanto, tudo indica que, estes produtos, ao mesmo tempo em que surgem tão rapidamente, viram obsoletos na mesma velocidade. Há novidades que já não são mais especulações e estão em desenvolvimento, tecnologias como, por exemplo, a de um telefone que por holograma projetado de uma pulseira poderá ser visualizado na própria pele[9]. E é assim, neste passo acelerado, que as nanotecnologias se movem, é quase como se "o novo que já nascesse velho".

Nesta breve exposição que versa sobre a modernização e o progresso das tecnologias, é inevitável exibir que, ao mesmo tempo em que se dispõe de um aliado, que com astúcia trouxe tantas facilidades, comodidades, luxurias, e que parece atribuir um novo sentido para a vida das pessoas, se deve dar atenção aos fatores que geram riscos, e acabam por tornar as tecnologias vilões. Neste sentido, é que se destacam o desenvolvimento das nanotecnologias. Mas e afinal, o que são nanotecnologias?

As nanotecnologias são produzidas a partir de uma nova técnica de manipulação das partículas, que é desenvolvida na nano escala, ou seja, o tamanho destas partículas

[8]TELEGRAPH. *Apple's iPhone: a definitive history in pictures.* Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/02/25/apples-iphone-a-definitive-history-in-pictures/> Acesso em 17 set 2016.
[9]CICRET BRACELET. *With the Cicret Bracelet,do whatever you want on your arm.* Disponível em: < https://cicret.com/wordpress/ > Acesso em 17 set 2016.

é o equivalente à 1 bilhão de partes de 1 metro. Ou seja, matematicamente falando, caracteriza-se pela potência 10^{-9}. As partículas nanotecnológicas são em muitos casos encontradas livremente na natureza, porém o que desperta a preocupação, é a intervenção humana, que tem a capacidade de criar novas combinações de elementos, estes não disponíveis na natureza. Essa prática está presente em um número surpreendente de mercadorias e tecnologias desenvolvidas atualmente, entende-se que muitos dos produtos não utilizam 100% de material nanotecnológico, porém utilizam a técnica em alguns elementos que compõe produção de centenas de produtos.

O movimento da econômica de mercado das nanotecnologias cresce exponencialmente. O *National Science Foundation*[10] realizou um levantamento que apurou um aumento de 40-45% ao ano de 2011 a 2014 no investimento global no desenvolvimento das nanotecnologias. E pelas estatísticas, este mercado deverá continuar crescendo. Ocorre que, o conhecimento e as informações sobre as nanotecnologias não estão chegando ao seu destinatário: o público consumidor. E apesar de já estarem profundamente fixadas neste mercado industrial e de produção, a população majoritariamente desconhece ou pouco sabe sobre esta tecnologia.

A atenção ao desenvolvimento das nanotecnologias também emerge dos resultados que as pesquisas que abordam a nanotoxicologia vêm demonstrando. Lembrando que o contato com a nanotecnologia não é apenas para o consumidor, mas para o traba- lhador também, além disso, a produção gera resíduos, que por sua vez serão descarta- dos de alguma forma, podendo assim, impactar o meio ambiente. Através da análise das pesquisas, constata-se que as nanotecnologias em algumas combinações químicas podem sim provocar riscos, principalmente, à saúde humana e ao meio ambiente. A potencialidade dessa tecnologia é, por enquanto, desconhecida no todo. Atualmente sabe-se que, em testes com animais, foram descobertos: danos cerebrais em peixes; suscetibilidade à coagulação do sangue em coelhos; danos pulmonares em ratos e graves consequências na formação de embriões em peixes.[11]

[10] NATIONAL SCIENCE FOUNDATION.(2014) *Market report on emerging nanotechnology*. Disponível em: <http://www.nsf.gov/news/news_summ.jsp?cntn_id=130586> Acesso em 17 set 2016.
[11] GRUPO ETC. 2005. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro*: saiba sobre produtos invisíveis que já estão no nosso dia-a-dia e o seu impacto na alimentação e na agricultura. Tradução de José F. Pedrozo e Flávio Borghetti. Porto Alegre, L&PM, 2005, p. 30.

A prudência que se sugere, não é apenas para com as descobertas na escala nano, mas também as repercussões que essas pesquisas gerarão na natureza e os mo- dos como elas atingirão a vida humana no ecossistema. Como se pode verificar, o pro- blema não são as descobertas em si, mas os seus reflexos na vida das pessoas e na estrutura do planeta. Pesquisas já demonstraram que camundongos que receberam na- notubos de carbono desenvolveram lesões biológicas semelhantes àquelas provocadas por inalação de amianto.

Observa-se que, a inalação de nanopartículas inferiores a 100 nm penetram nas células, já as nanopartículas menores que 40 nm entram com facilidade no núcleo celular e as menores que 30 nm atravessam a barreira hemato-encefálica (barreira esta que impede que substâncias externas alcancem o cérebro), levando, assim, ao questiona- mento sobre a possibilidade das nanopartículas cruzarem a placenta e atingirem o de- senvolvimento do feto.[12]

Em face de tantos possíveis riscos, evidenciados e supostos, que passa a exercer papel fundamental, na atualidade, a necessidade de criarem-se barreiras limitadoras da ação do homem, pois a capacidade humana em pensar, planejar e criar é surpreendente, é infindável. Tais são as evidências para o surgimento de um "novo mundo", isto é, um espaço onde o ser humano poderá arrumar, arranjar e reorganizar praticamente tudo o que quiser. Este também é o escopo onde deve brilhar a luz de alerta, que é a racionali- dade humana, suficientemente lúcida para avaliar os limites do poder criador que os ho- mens e mulheres estão descobrindo.

OS DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 3º DUDH E O DIREITO À INFORMAÇÃO.

A análise dos Direitos Humanos tem, na Declaração Universal dos Direitos Huma- nos de 1948, a sua gênese histórica. No entanto, a história da humanidade permite men- cionar que os Direitos Naturais são a efetiva vertente histórica dos Direitos Humanos. Vale dizer, os humanos estão em busca da proteção dos seus direitos básicos (como a vida, a liberdade, a dignidade e a honra, por exemplo) em época histórica muito mais

[12] O'MATHÚNA, Dónald P. 2009. *Nanoethics – big ethical issues with small technology.* Nova Iorque, Con- tinuum, 248 p.

remota, representando uma característica da vida humana sobre a terra e muito antes da sua consagração em laços originadores da vida em sociedade.

Versa o artigo 3º da DUDH o seguinte texto: "Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal."[13] Isso quer dizer que, nos moldes atuais da sociedade, sob um enfoque fundado no desenvolvimento das nanotecnologias, para que seja possível exercer o direito à vida, a liberdade e a segurança pessoal, é necessário que seja considerado o direito à informação. Assim, a presente pesquisa pretende desenvolver ideias ao redor do Direito à informação, estando essa ideia diretamente conectada ao exercício pleno dos três aspectos do artigo 3º, pois, onde não há informação ou informação incompleta, não há exercício absoluto desta garantia fundamentals.

Ao consider, portanto, os Direitos Humanos como um pressuposto para legitimar e determinar a continuidade ou não de determinada investigação nanoescalar, fica evidenciado que eles correspondem a um pressuposto moral que sustentará a discussão sobre as nanotecnologias, assim como o desenvolvimento dos marcos regulatórios específicos. Isso será fundamental para o trabalho com escala nanométrica, pois os Direitos Humanos poderão ser considerados sinônimos de Direitos Naturais, segundo John Finnis. Mesmo que não seja esta a relação, existe uma relação histórica entre ambos, já que a classificação de Finnis poderá ser contestada. De qualquer maneira, "os direitos humanos ou naturais são os direitos morais fundamentais e gerais; (...)"[14]. Nesta passagem se verifica a consolidação de que os Direitos Humanos serão o referencial ético para o momento nanotecnológico atual, onde não existem marcos regulatórios específicos.

O Direito se apresenta à sociedade como um instrumento de controle social, definindo, em linhas gerais e abstratas, os limites da ação humana, a fim de ser preservada a humanidade de cada pessoa no seu relacionamento com os outros. As nanotecnologias ainda não evoluíram o suficiente para terem marcos regulatórios próprios e adequados. Nesse particular se abre um espaço importante: tal aspecto não significa a ausência de

[13] UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS - OFFICIAL DOCUMENT. Disponível em: < http://www.humanrights.com/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html > Acesso em 23 set 2016.

[14] FINNIS, John. *Lei natural e os direitos naturais.* Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo, Unisinos, 2007.

qualquer pressuposto jurídico que possa servir de base para o desenvolvimento regrado dos avanços nanotecnológicos.

O "novo mundo" que é desvelado a partir do ingresso do ser humano nas forças da natureza por meio da escala nanométrica, apresenta potenciais excelentes para o melhoramento da vida das pessoas na sociedade. No entanto, pelo menos nesse momento, os riscos são maiores, pois desconhecidos os efetivos potenciais das descobertas realizadas pelas nanotecnologias. Como enfrentar esse desafio, que se mostra com uma peculiar ambivalência: desenham-se muitas possibilidades, mas levantam-se também um grande número de perguntas que estão sem respostas.

Neste prisma, segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, "cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor típico preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade. Os requisitos devem estar interligados. A ausência de qualquer deles importa descumprimento do dever de informar." [15] Tudo indica que não há exagero nesta composição do dever de informação, pois quem está na origem da produção conhece – ou, pelo menos, deveria conhecer – a composição do produto, além de especificar os seus riscos e responsabilizar-se pela sua gestão. Dentro do possível, assegurando o segredo industrial, o conteúdo da informação precisa ser disponibilizado ao destinatário – o consumidor – de forma clara e compreensível. Indo um pouco mais longe: o fabricante deveria desencadear formas de ensinar o seu consumidor a fazer a melhor escolha do produto.

No entanto, não basta somente isso. A informação deverá vir acompanhada de educação. É insuficiente colocar uma série de informações no rótulo ou na propaganda do produto. Será necessário educar o consumidor para ler e interpretar, conhecer e compreender o seu conteúdo.[16] O pleno exercício do direito à informação, que é do consumi-

[15]LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. IN: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Doutrinas Essenciais. Direitos do Consumidor.* São Paulo: RT, 2011, vol. III, p. 527-82. Edições Especiais.

[16]ENGELMANN, Wilson; CHERUTTI, Guilherme. Da Educação ao Direito à Informação: desafios e possibilidades para estes direitos fundamentais na Era das Nanotecnologias. IN: ENGELMANN, Wilson; SCHIOCCHET, Taysa (Coords.). *Sistemas Jurídicos Contemporâneos e Constitucionalização do Direito: releituras do Princípio da Dignidade Humana***.** Curitiba: Juruá, 2013.

dor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reciprocidade e complementariedade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias.

Ao Direito, também é pertinente relacionar-se com as questões ambientais das nanotecnologias. Em 1998 foi adotada, acerca do direito à informação ambiental, no âmbito das Nações Unidas da "Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente", também conhecida como a *Convenção de Aarhus.* Esta convenção que foi celebrada no contexto europeu, implementou o compromisso dos países europeus garantirem aos cidadãos o acesso à informação, a participação no processo de tomada de decisões e o acesso à justiça no domínio do ambiente, reconhecendo que nesse domínio a melhoria do acesso à informação e da participação pública no processo de tomada de decisões aumenta a qualidade das decisões e contribui para a sensibilização do próprio público para as questões ambientais, permitindo-lhe manifestar as suas preocupações às autori- dades públicas sobre essas questões.

A Convenção de Aarhus aumentou a responsabilidade e a transparência no processo de tomada de decisões, especialmente nos setores de governança, que devem então passar a dar conhecimento ao público dos procedimentos adotados ou a serem adotados sobre as questões ambientais. O tripé de Aarhus – baseado no trinômio *informação*, *participação pública nos processos de decisão*, e *acesso à justiça* – constitui parte integrante do Direito Internacional do Meio Ambiente contemporâneo, além de transpor que os limites de consensos regionais sobre como o meio ambiente deve ser protegido pelos Estados. Conquanto ainda não aplicada ao Brasil, a Convenção de Aarhus serve ao nosso país como paradigma e referencial ético no que toca à cooperação internacional para a proteção do meio ambiente, na medida em que consagra aos cidadãos o acesso à informação, a participação na tomada de decisões e o ingresso à justiça em matéria ambiental.[17]

[17]MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. "Cooperação internacional para a preserva- ção do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus". *Revista Direito GV*, a. 8, n. 1, Jan.Jun. 2012. p. 310-315.

Esta é a encruzilhada que se forma para o Direito, e para as demais áreas do conhecimento envolvidas com a Revolução Nanotecnocientífica. Ou seja, encontrar alternativas seguras e responsáveis para lidar com o presente-futuro da vida de todos os seres vivos sobre a face da Terra, permitindo o aproveitamento saudável das contribuições científicas produzidas pela inteligência humana. O desafio das nanotecnologias não é apenas ao redor de como manter e conquistar uma fatia de um mercado emergente, mas sim, simplesmente, como se pode, enquanto sociedade, colher muitos benefícios possíveis a partir da nano escala e, ao mesmo tempo, evitar, limitar, ou pelo menos estar preparados para reparar os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais que esta nova tecnologia poderá criar. Embora não se possa "conhecer" todos os resul- tados possíveis associados aos nanomateriais e nanotecnologias, é importante que as decisões sobre o desenvolvimento da nanotecnologia sejam orientadas para a redução do risco.[18]

Por isso, ao invés daquelas características do positivismo jurídico, busca-se ampliar a efetividade, a adequação das respostas às perguntas formuladas pelas novas e nanotecnologias.[19] Tais mudanças profundas no Sistema do Direito se fazem urgentes e necessárias, a fim de possibilitar o seu diálogo com os demais Sistemas, especialmente o Sistema da Ciência, com o foco no equacionamento dos eventuais riscos que poderão vir junto com o aprofundamento da Revolução Nanotecnológica.

CONCLUSÕES

Diante de tantos fenômenos tecnológicos, pode se dizer que, as modernidades não somente vem construindo novas facilidades materiais, mas também tem propiciado através dos meios jurídicos, formas de proteção ao cidadão. Por isso, os direitos huma-

[18]DANA, David A. *The Nanotechnology Challenge:* creating legal institutions for uncertain risks. New York: Cambridge University Press, 2012.

[19]ENGELMANN, Wilson. O direito frente aos desafios trazidos pelas nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêu- tica, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, v. 10, 2013. p. 260.

nos são, certamente, uma importante ferramenta que limita os desequilíbrios das rela- ções de poder, o que torna a observância da Declaração Universal dos Direitos Humanos ainda mais essencial.

Observa-se que a sociedade, de um modo geral, se ampara no Direito para obter respostas sobre os temas que o legislador ainda não se pronunciou, contudo, é importante compreender que, o papel do Direito é proteger os direitos já existentes, e não de fato criá-los, função esta que é do próprio legislador. Assim, o avanço das nanotecnologias que, num conjunto crescente de aplicações começam a integrar o cotidiano da sociedade brasileira e mundial, clamam por um marco regulatório - um princípio norteador -, seja através de um pronunciamento do legislador, ou mesmo de uma (re)leitura da atual legislação vigente.

Através da análise do artigo 3º da DUDH, pode-se constatar que, é crucial considerá-lo, principalmente, nas tomadas de decisão que envolvem as nanotecnologias. Pois como se discutiu, a sua relevância nas vidas cotidianas é indispensável, ao passo que protege os interesses das pessoas como cidadãos. Derivado da ideia do referido artigo, com previsão constitucional, e classificado como direito fundamental, tem-se o "direito à informação" que é apontado como ferramenta para que seja possível exercer plenamente o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. O direito à informação é um direito subjetivo que nasce com o dever subjetivo do empresário, que é o dever de informar ao público consumidor.

Vale dizer, que os benefícios e prejuízos são de responsabilidade do ser humano, que, em conjunto com o Planeta Terra, sofrerão as consequências de suas escolhas. Cabe um alerta a ser observado: "[...] com nuestra capacidade de manipular la vida he- mos asumido tanbién la pesada carga de tener que darle, como los propios dioses, un sentido que Ella misma, por sí sola, no es ya capaz de alumbrar. Este es el gran cambio que debe afrontar nuestra inteligencia y nuestra afectividad. Que el ser humano sea ca- paz de humanizar la vida es La gran esperanza de la vida em este momento de La historia Del hombre, de la técnica y del cosmos. [...]".[20]

[20] QUINTANILLA NAVARRO, Ignacio. Los propiosdioses: razón y biotecnologia. IN: QUARESMA, Alexan- dre (Coord.). *Engenharia genética e suas implicações*. Madrid: Common GroundPublishing Espanha, 2014, p. 47.

Inequivocadamente, se percebe que a necessidade de exercer os direitos fundamentais, é tão importante para o cidadão, quanto é para o Direito, uma vez que é previsível que, as nanotecnologias, além de apresentarem bons resultados, poderão gerar conflitos, impactando diferentes áreas que envolvem as relações jurídicas da sociedade. Assim, as nanotecnologias marcam a Sociedade de Risco, impactando as diversas áreas do conhecimento de modo que a economia, a política, o Direito, e tantos outros sistemas sofrerão mudanças com as estas novas tecnologias.

Das tantas incertezas, uma coisa é certa: a responsabilidade em relação às gerações futuras e o cuidado com o patrimônio natural começam aqui e agora. Eles não têm outro advogado de defesa que não o cidadão, consumidor carente de mais informações para que possa participar ativamente também na gestão dos riscos e fazendo suas escolhas pessoais de consumo.

REFERÊNCIAS

ANVISA (2014). Diagnóstico Institucional de Nanotecnologia, Cartilha produzida pelo Comitê Interno de Nanotecnologia. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/fb117d80436c3cacb1b5b72a042b41f5/Diagn%C3%B3stico+Institucional+de+Nanotecnologia+-+CIN+2014+-+Dicol.pdf?MOD=AJPERES Acesso em 01. Nov. 2015.

CICRET BRACELET. *With the Cicret Bracelet,do whatever you want on your arm*. Disponível em: < https://cicret.com/wordpress/ > Acesso em 17 set 2016.

DANA, David A. *The Nanotechnology Challenge:* creating legal institutions for uncertain risks. New York: Cambridge University Press, 2012.

ENGELMANN, Wilson. O direito frente aos desafios trazidos pelas nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, v. 10, 2013. p. 260.

ENGELMANN, Wilson; CHERUTTI, Guilherme. Da Educação ao Direito à Informação: desafios e possibilidades para estes direitos fundamentais na Era das Nanotecnologias. IN: ENGELMANN, Wilson; SCHIOCCHET, Taysa (Coords.). *Sistemas Jurídicos Contemporâneos e Constitucionalização do Direito: releituras do Princípio da Dignidade Humana***.** Curitiba: Juruá, 2013.

FINNIS, John. *Lei natural e os direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leo- poldo, Unisinos, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*: A virada hermenêutica. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis,Vozes, vol. II, 2007.

GRUPO ETC. 2005. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro*: saiba sobre produtos invisíveis que já estão no nosso dia-a-dia e o seu impacto na alimentação e

na agricultura. Tradução de José F. Pedrozo e Flávio Borghetti. Porto Alegre, L&PM, 2005, p. 30.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis,Vozes, Parte I, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. IN: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Doutrinas Essenciais. Direitos do Consumidor.* São Paulo: RT, 2011, vol. III, p. 527-82. Edições Especiais.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. "Cooperação internacio- nal para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus". *Revista Direito GV*, a. 8, n. 1, Jan.Jun. 2012. p. 310-315.

NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE (NPD). Disponível em: < http://product.statnano.com >. Acesso em 28 set. 2016.

NATIONAL SCIENCE FOUNDATION, 2014. Market report on emerging nanotechnology. Disponível em: <http://www.nsf.gov/news/news_summ.jsp?cntn_id=130586> Acesso em 17 set 2016.

O'MATHÚNA, Dónald P*. Nanoethics* – big ethical issues with small technology. Nova Iorque, Continuum, 2009.

QUINTANILLA NAVARRO, Ignacio. Los propiosdioses: razón y biotecnologia. IN: QUARESMA, Alexandre (Coord.). *Engenharia genética e suas implicações*. Madrid: Common GroundPublishing Espanha, 2014.

STATNANO. Disponível em: < http://statnano.com/aboutus >. Acesso em 18 set. 2016.

TELEGRAPH. *Apple's iPhone: a definitive history in pictures.* Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/02/25/apples-iphone-a-definitive-history-in-pictures/> Acesso em 17 set 2016.

UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS - OFFICIAL DOCUMENT. Disponível em: < http://www.humanrights.com/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html > Acesso em 23 set 2016.

O direito à informação do nano consumidor: uma das faces da dignidade da pessoa humana

Wilson Engelmann[1]
Raquel von Hohendorff [2]

RESUMO: Os Direitos Humanos são uma temática que precisa ser considerada no desenvolvimento da sociedade (nano)tecnológica. As nanopartículas são um exemplo das novas tecnologias e todos são consumidores de "nano produtos", mas apenas uma pequena parcela destes "todos" sabe alguma coisa sobre as nanotecnologias. Assim se desenha um importante espaço para o direito à informação, que é do consumidor e depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. O engajamento público em nanotecnologia é um exemplo de como os consumidores podem exercitar o Direito à informação. Considerando que, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os povos das Nações Unidas proclamam a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, objetiva-se demonstrar que o direito à informação que o consumidor tem em relação ao que está consumindo faz parte da manutenção de sua dignidade. A liberdade de escolha permitirá o aparecimento dos efetivos resultados das investigações. O progresso deverá vir acompanhado da liberdade para avançar, recuar, parar ou retroceder, dependendo dos resultados que vão sendo obtidos.

Palavras chaves: nanotecnologias, informação, direito humanos, dignidade.

ABSTRACT: The Human rights topic must be considered in the development of the nanotechnological society. The nanoparticles are an example of new technologies, and "all of us" are consumers of nano-products, but only a small percentage of us know about the nanotechnology. Therefore, we draw here an important opening to the right of information, such knowledge is entitled to the consumer and it dependes on preliminary aspect: to practice the right of being informed, which must be generated within the manufacturer and the businesses. People involvement with nanotechnologies is an example of how the consumers can exercise their right of been informed. Considering that the preamble of Universal Declaration of Human Rights, the people of the United Nations proclaim their faith in the fundamental human rights, in the dignity and worth of a person, the objective is to demonstrate that the right to information that consumers have in relation to what is being consumed, it is part of maintaining their dignity. The freedom of choice will allow the appearance of the actual results of the investigations. Progress must be

[1] Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS/Brasil; Professor deste mesmo Programa das atividades: "Transformações Jurídicas das Relações Privadas" (Mestrado) e "Os Desafios das Transformações Contemporâneas do Direito Privado" (Doutorado); Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; Líder do Grupo de Pesquisa *JUSNANO* (CNPq); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br

[2] Doutoranda e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS/Brasil. Bolsista CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa *JUSNANO* (CNPq)Advogada. Email: vetraq@gmail.com

followed by the freedom to move forward, back, stop or reverse, depending on the results that are being achieved.

Keywords: nanotechnologies, information, human rights, dignity.

INTRODUÇÃO

A nanotecnologia é o conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação que são obtidas graças às especiais propriedades da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas. Essa tecnologia tem produzido novos materiais e os riscos para a saúde humana e ambiental ainda não estão suficientemente avaliados. Pertencendo a uma escala nanométrica, as partículas podem atravessar poros e se acumular em determinadas células e não se tem idéia dos efeitos de uma longa permanência de partículas magnéticas dentro do organismo. E, as nanopartículas podem vir a fazer parte da cadeia alimentar, pois penetram em bactérias e nos demais animais e talvez em vegetais.

Apesar disso, a utilização industrial da escala nanométrica está avançando rapidamente, incrementando-se os produtos desenvolvidos à base da nano escala, sem que se tenha uma certeza científica sobre a segurança das nanopartículas e sem que a área jurídica tenha construído marco regulatório específico.

Todos acabam sendo consumidores de “nano produtos”. No entanto, uma pequena parcela destes “todos” sabe alguma coisa sobre as nanotecnologias. Desta forma, passa a ter cada vez mais importância o direito à informação. A execução deste direito passa, necessariamente, por uma postura renovada por parte do empresário, que é o fabricante dos produtos à base da nano escala, e do comerciante vendedor destes produtos.

O pleno exercício do direito à informação, que é do consumidor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reciprocidade e complementaridade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias.

O exercício do direito à informação faz parte da manutenção da dignidade humana do consumidor, que tem o direito à escolha do que deseja consumir.

Os povos das Nações Unidas, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, declaram sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana. Pois bem, objetiva-se, neste artigo, expor que não há como falar em dignidade humana do consumidor sem que este possa fazer uma real e embasada escolha do que está consumindo. A dignidade é um valor intrínseco do ser humano, um valor moral e espiritual inerente à pessoa humana e deste modo não pode ser substituída por algo equivalente. Seu conceito envolve honestidade, honra respeitabilidade, decência, decoro, respeito a si mesmo, entre outros valores morais.

Será necessário, assim, trazer para o centro das considerações a preocupação com os direitos dos humanos, notadamente por meio dos Direitos Humanos que serão o suporte mínimo que as pesquisas, os resultados nanoescalares e os produtos lançados no mercado consumidor deverão observar. Portanto, a preocupação em resguardar a dignidade da pessoa humana como Direito Humano não está vinculada a qualquer malefício que as nanotecnologias possam causar. Pelo contrário, este fundamento deverá estar presente pelo fato dos efeitos – positivos ou negativos – serem sentidos diretamente pelo ser humano e o seu habitat, que é o meio ambiente.

NANOTECNOLOGIAS, DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A entrada da nanotecnologia na fabricação de objetos tem sido comparada com o advento das tecnologias anteriores que têm afetado profundamente as sociedades modernas, tais como plásticos, semicondutores e até mesmo a eletricidade. Aplicações da nanotecnologia prometem melhorias transformadoras em desempenho materiais e longevidade para a eletrônica, medicina, energia, construção, máquinas-ferramentas, agricultura, transporte, vestuário, e outras áreas.[3]

Uma nova database de produtos nanotecnológicos foi criada em janeiro de 2016 e colocada online em julho deste mesmo ano. A NPD tem acesso aberto, com a missão primária de reunir, analisar e publicar informações sobre os produtos da nanotecnologia introduzidas nos mercados globais. Na página da NPD verifica-se a presença de 45

[3]BERGER, Michael. *A nanotechnology perspective for manufacturing*. Disponível em: <http://www.nanowerk.com/spotlight/spotid=44211.php>. Acesso em 08 set. 2016.

países, 632 empresas e mais de 5000 produtos que utilizam nanotecnologias ao longo de seu processo produtivo.[4] Isso demonstra a maciça presença de produtos com nanopartículas no mercado.

Em 2020 aproximadamente 20% de todos os produtos manufaturados no mundo se basearão, em certa medida, na utilização da nanotecnologia. A OIT em 2010 publicou o relatório Riscos Emergentes e Novos Modelos de Prevenção em um Mundo do Trabalho em Transformação onde reconhece que os riscos novos e emergentes do trabalho podem ser provocados pela inovação técnica ou pelas mudanças sociais ou de organização, como por exemplo, pelas novas tecnologias e processos de produção (nanotecnologia e a biotecnologia). [5]

As nanotecnologias e os nanomateriais têm sido promovidos como tendo o potencial de trazer benefícios para muitas áreas de pesquisa e contribuir positivamente para o desenvolvimento sustentável. Como tal, este campo de rápido crescimento está aumentando e atraindo cada vez mais investimentos de governos e empresas no mundo todo. Ao mesmo tempo, reconhece-se que as aplicações dos nanomateriais podem representar um risco para a saúde humana e para o meio ambiente.

As propriedades incomuns de nanopartículas são principalmente baseadas em seu tamanho em nano escala e sua área de superfície. À medida que o tamanho de uma partícula diminui e se aproxima da nano escala, muitas propriedades começam a mudar em comparação com o mesmo material no seu tamanho macro. Cita-se, como exemplo, a cor e a temperatura de fusão do ouro, as quais são muito diferentes em nano escala que em ouro convencional. Os efeitos tóxicos de materiais que se mostram como inertes na escala macro, também são muito diferentes na escala nano.

Em razão do tamanho os materiais passam a ser regidos por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está habituada, abrindo possibilidades de que as nanopartículas apresentem maior grau de toxicidade do que em tamanhos maiores,

---

[4]NPD- *Nanotechnology Products Database.* Disponível em: <http://product.statnano.com> . Acesso em 09 ago. 2016.

[5]OIT – International Labour Organization. *Riesgos Emergentes y Nuevos Modelos de Prevención en um Mundo de Trabajo en Ransformación*. 2010. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/ ---safework/documents/publication/wcms_124341.pdf>. Acesso em 01 jun. 2016.

esta é a razão pela qual existe a necessidade de se avaliar os riscos que existem decorrentes da manipulação, desenvolvimento e aplicação destas novas tecnologias, observando a toxicidade, os métodos apropriados para testes em toxicidade, bem como os impactos na saúde humana e ambiental. [6]

Há um consenso geral de que o potencial para a saúde e os riscos ambientais dos nanomateriais devem ser avaliados ao longo de todo seu ciclo de vida. Cada vez mais são necessários estudos que analisem a aplicação da avaliação do ciclo de vida, a avaliação de riscos e a análise de fluxo de substância para nanomateriais e nanoprodutos, como por exemplo, o estudo intitulado Life cycle aspects of nanomaterials[7].

Em 2006, Andrew Maynard e seus colegas desafiaram a comunidade global de pesquisa para desenvolver sistemas robustos para avaliar o impacto dos nanomateriais em todo seu ciclo de vida, dentro dos próximos cinco anos, na saúde e no meio ambiente. [8] Mas já se passaram mais de 5 anos e muito pouco se evoluiu neste aspecto do conhecimento.

O desenvolvimento de técnicas de monitoramento e diagnóstico de nanomateriais (objetivando ampliar os conhecimentos na área nanotoxicológica e sobre o ciclo de vida destes materiais) bem como para se determinar formas apropriadas, sustentáveis e seguras de produção (incluindo manejo de resíduos), é imprescindível para que se possa desfrutar das benesses das nanotecnologias com segurança e objetivando a proteção[9] do meio ambiente para as atuais e futuras gerações.

Aqui ingressa a questão relativa à responsabilidade das inovações tecnológico-científicas. Quem responde? O cientista, ou a Universidade onde ele trabalha, o órgão de fomento que financia a pesquisa, o fabricante que recebe a fórmula científica por meio de transferência da tecnologia, o comerciante, o Estado. Afinal, quem prestará contas

---

[6]HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil: a gestão dos riscos a partir do Diálogo entre Fontes do Direito*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 26-27.

[7]LAZAREVIC, David; FINNVEDEN, Göran. *Life cycle aspects of nanomaterials***.** Environmental Strategies Research KTH - Royal Institute of Technology, 2013. Disponível em : <https://www.kth.se/abe/om-skolan/organisation/inst/see/om/avd/fms. > Acesso em 10 jul.2016.

[8] MAYNARD, Andrew D.; Et al. “Safe handling of nanotechnology.” *Nature,* v. 44, n. 16, Nov. 2006. p. 269.

[9] ENGELMANN, Wilson; MACHADO, V. S. “Do Princípio da Precaução à Precaução como Princípio: construindo as bases para as nanotecnologias compatíveis com o meio ambiente.” *Revista de Direito Ambiental*, v. 69, 2013. p. 50.

pelos resultados gerados em relação ao ser humano e o meio ambiente? Esta é uma questão muito séria, ladeada por outra tão importante quanta esta: a questão ética. Tudo o que o conhecimento científico puder gerar e atingir poderá ser feito? Aqui volta a questão do limite. Quando é hora de parar? Qual o grau de confiabilidade que a população em geral tem nos cientistas? Verifica-se a necessidade de uma efetiva gestão do risco, onde tais questões deverão ser avaliadas e decididas.

Os impactos ou aspectos sociais, legais e ambientais do uso das nanotecnologias perpassam também pelo direito à informação do consumidor e pelo dever de informar do produtor.

O avanço das nanotecnologias, num conjunto crescente de aplicações, começa a integrar o cotidiano da sociedade brasileira e mundial. Por outro lado, as pesquisas e os produtos que advirão desta intervenção humana nas forças naturais exigirão a divulgação das informações ao mercado produtor e consumidor, pois há, inclusive, previsão constitucional deste direito fundamental, qual seja, o "direito à informação", como um direito subjetivo que nasce com o dever subjetivo do empresário: o "dever de informar".

O "direito de saber" como a estrutura central do "direito à informação", que é destinado à sociedade, e do "dever de informação", dirigido ao pesquisador e empresário, deverá ser perspectivado desde o trabalho com a matéria-prima, ou seja, a produção material em estado bruto, onde se terá a exposição direta do trabalhador, além das emissões industriais. Este conjunto já atinge a população humana e o meio ambiente. Os produtos manufaturados vão ao mercado consumidor, onde eles são adquiridos, com a exposição dos consumidores, isto é, toda a sociedade. A terceira etapa é aquela onde os produtos serão descartados, incluindo as embalagens, que irão aos grandes espaços de depósito do lixo e incineração, onde teremos nova exposição dos trabalhadores e, concomitantemente, a população humana e o meio ambiente. Neste pequeno e singelo exemplo de ciclo de vida de um produto com nanopartícula mostra as diversas formas de exposição, onde se exigirá o conhecimento do que se está manipulando e quais os riscos. Assim, "a informação, ao passar conhecimentos, vai ensejar da parte do informado a criação de novos saberes, através do estudo, da comparação ou da reflexão."[10] O cerne

[10] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à Informação e Meio Ambiente.* São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27.

do “direito de saber” é justamente este conhecimento mínimo sobre os progressos científicos que são gerados nos laboratórios e, muitas vezes, fomentados pelo próprio Estado, por meio de seus órgãos de fomento. Em cada momento do ciclo de vida dos nano produtos deverá ser gerado uma espécie de conhecimento que seja adequado e compreensível pelos sujeitos envolvidos.

O “direito de saber”, ou o “direito de ser informado”, integra o planejamento da sociedade inscrito na essência do Estado Democrático de Direito. Se os integrantes do Sistema Social tiverem um mínimo de conhecimento sobre o tema das nanotecnologias, irão construir laços mais significativos para o engajamento público. Quem sabe participa. Por isto, que detém o conhecimento tem o “dever” de partilhá-lo com todos aqueles envolvidos no ciclo de vida que vai desde a matéria-prima até o descarte final de algum objeto que contenha partículas nanoescalares.

É preciso que as informações decorrentes do estudo dos riscos tenham ampla divulgação e estejam disponíveis para a sociedade, para que os atores envolvidos diretamente nas decisões sobre a limitação da nanotecnologia e a sociedade civil tenham melhores condições frente aos desafios surgidos com esta nova tecnologia. A gestão dos riscos naturais, tecnológicos ou sociais solicita a multiplicação de atores e não pode ser colocada somente em termos técnicos ou estritamente securitários. As negociações devem envolver agências multilaterais, governos dos estados, empresas, associações ou grupos de pressão e a sociedade em geral, de modo a esclarecer os fatos que desencadeiam os riscos e determinar as condições para seu enfrentamento.[11]

A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos do mercado, e este é um pré-requisito para o exercício do direito de escolher o que consumir. Torna-se necessária a discussão acerca do princípio da informação, corolário do dever de informação que cabe ao produtor, visando à proteção do consumidor de produtos nanotecnológicos.

[11] ZANIRATO, Silvia Helena. Et. al. *Sentidos do risco: interpretações teóricas revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales.* Barcelona: Universidad de Barcelona, v. XIII, n. 785, Maio 2008.

A sociedade civil exige ação, não palavras, em nanotecnologia. Com este título, uma publicação[12] de abril de 2016, assinada por um grupo de organizações não governamentais, grupos de consumidores e organizações de pesquisa, manifestou decepção com o fracasso continuado da Comissão Europeia em propor medidas adequadas para a coleta e publicação de informações sobre os nanomateriais no mercado europeu. Após um processo de avaliação de impacto, que durou vários anos, e mesmo antes de sua finalização e aprovação, a Comissão decidiu contra um registro de nanonanomateriais na Europa. Dolores Romano, membro da política oficial de Produtos Químicos, disse: "Um registro é chave para o desenvolvimento e aplicação de regulamentos que regem os nanomateriais para proteger o meio ambiente e a saúde dos trabalhadores e dos cidadãos". A plataforma de informação voluntária nunca pode substituir um registro obrigatório. Isso ajudaria a gerar novas informações e permitir que os nanomateriais fossem rastreáveis, permitindo assim o uso seguro deles e dar aos cidadãos uma escolha informada[13]. Ainda no manifesto, David Azoulay, advogado sênior do Centro para Direito Ambiental Internacional comentou: "Desde o fracasso em adotar o quadro REACH para garantir a cobrança efetiva de dados sobre os nanomateriais à recusa de publicar o catálogo de nanomateriais utilizados em cosméticos na europa, a Comissão tem consistentemente falhado no seu dever de recolher e disponibilizar informações sobre os nanomateriais para o público e os reguladores e Sylvia Maurer, diretora de sustentabilidade e de Segurança da Organização Europeia dos Consumidores acrescentou: "A Comissão recusa-se, infelizmente, a impor quaisquer custos à indústria para a coleta e fornecimento de informações sobre os nanomateriais. Em vez disso, optou por transferir os custos financeiros os riscos sobre a saúde e meio ambiente para a sociedade e os consumidores".[14]

---

[12] *Civil society demands action, not words, on nanotechnology***.** Disponível em **: <** http://www.nanowerk.com/nanotechnologynews/newsid=43239.php?utm_content=bufferfc321&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer**>.** Acesso em 10 ago. 2016.

[13] *Civil society demands action, not words, on nanotechnology***.** Disponível em**: <** http://www.nanowerk.com/nanotechnologynews/newsid=43239.php?utm_content=bufferfc321&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer>. Acesso em 10 ago. 2016.

[14] *Civil society demands action, not words, on nanotechnology***.** Disponível em **: <** http://www.nanowerk.com/nanotechnologyews/newsid=43239.php?utm_content=bufferfc321&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer>. Acesso em 10 ago. 2016.

Necessitam-se de mecanismos para permitir-se uma escolha adequada, dentro de um nível humana e ambientalmente tolerável, a partir de uma relação de responsabilidade prospectiva entre os pesquisadores, fabricantes e consumidores e uma adequada gestão dos riscos presentes e futuros. É preciso que as informações decorrentes do estudo dos riscos tenham ampla divulgação e estejam disponíveis para a sociedade consumidora, ou seja, para que os atores envolvidos diretamente nas decisões sobre a limitação ou não do uso das nanotecnologias e a sociedade civil tenham melhores condições frente aos desafios surgidos com esta nova tecnologia. Os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão de risco nas sociedades contemporâneas são a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e principalmente, a proteção do direito à informação ambiental de qualidade. [15]

Propiciar padrões de vida adequados aos habitantes do planeta, de forma sustentável, e com direitos iguais para todas as pessoas. Com esse enfoque, líderes mundiais aprovaram, em 2015, a Agenda 2030, com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. E um dos eixos centrais dos Objetivos Globais são os direitos humanos. Dessa forma, a principal meta para os próximos 15 anos é "não deixar ninguém para trás", propiciando crescimento econômico e equilibrado de forma inclusiva. Para cada ODS, existem direitos e obrigações de todas e todos para assegurar oportunidades dignas de inclusão, independentemente de raça, cor, etnia, sexo, idade, nacionalidade, identidade de gênero ou qualquer outra distinção. Assim, a implementação dos Objetivos Globais no âmbito internacional, no nacional ou no local também é a garantia de promover iniciativas que promovam os direitos humanos. [16]

"Promover o desenvolvimento humano significa possibilitar às pessoas as capacidades e oportunidades para elas serem o que desejam ser. Nesse sentido, o desenvolvimento está intimamente relacionado à promoção de uma agenda de direitos

---

[15] AYALA, Patryck de Araújo. "Transdisciplinaridade e os novos desafios para a proteção jurídica do meio ambiente nas sociedades de risco: entre direito, ciência e participação", *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, a. 16, n. 61, p. 17-36, jan./mar. 2011 p. 25.

[16] PNUD. *Cumprimento dos Objetivos Globais depende da garantia de direitos humanos.* Disponível em : <http://www.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2016/09/19/cumprimento-dos-objetivos-globais-depende-da-garantia-de-direitos-humanos.html.> Acesso em 20 set. 2016.

humanos, não deixando nenhuma pessoa ou direito para trás. Os Direitos Humanos são, assim, a base dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. Em todos os ODS, há temas que dialogam com o cumprimento dos direitos humanos. No setor de educação, o acesso à informação e ao ensino técnico e profissional (metas da Agenda 2030), é eixo fundamental para garantir a igualdade no planeta. [17]

O "processo de generalização da proteção dos direitos humanos" mesmo tendo sido acelerado pelas duras lições legadas pelo holocausto da Segunda Guerra Mundial, já não está mais circunscrito a "proteger indivíduos sob certas condições ou em situações bem definidas como no passado [...], mas doravante de proteger o ser humano como tal" conforme menciona Cançado Trindade. [18]

Assim, assegurar o direito À informação do consumidor que é uma das faces da dignidade da pessoa humana é uma forma de proteger o ser humano como tal, e também as futuras gerações. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988[19] e pode ser traduzida como toda a condição que permita o mínimo para que o homem possa se desenvolver. Entre as estas condições pode-se incluir a saúde, as condições de trabalho e também a proteção ao meio ambiente, garantindo o direito à vida.[20]

Ingo Wolfgang Sarlet conceituando dignidade menciona que:

---

[17] PNUD. *Cumprimento dos Objetivos Globais depende da garantia de direitos humanos.* Disponível em : <http://www.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2016/09/19/cumprimento-dos-objetivos-globais-depende-da-garantia-de-direitos-humanos.html.> Acesso em 20 set. 2016.

[18] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil.* 2. ed. Brasília: UnB, 2000, p. 23.

[19] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 24 jun. 2016. Artigo 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. [...].

[20] Ingo Wolfang Sarlet menciona que: "Inicialmente cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade". SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 106.

> É 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 e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[21]

Portanto, a dignidade da pessoa humana deve prevalecer como princípio supremo da ordem constitucional, eis que se trata de valor guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, sendo então o princípio constitucional de maior hierarquia lógico-valorativa.[22]

A gestão do risco nanotecnológico, onde a dignidade da pessoa humana e os demais direitos dos humanos possam preponderar, está alicerçada na "preocupação, que começa a surgir hoje, no discurso político e nos textos jurídicos, pelos hóspedes futuros do planeta [...] deverá permitir e assegurar uma proteção desinteressada e a longo termo do meio, não recusando [...] o quadro do humanismo prático". [23]

O cenário das nanotecnologias exigirá a tomada de decisão focada na preocupação, isto é, ocupar previamente a ação com as consequências das pesquisas e dos seus resultados sobre o meio ambiente e o ser humano. Não deverá ser uma ação perspectivada no imediato, mas no presente e futuro. Não somente no futuro.

É o resgate da humanidade na sua universalidade que se mostra como um caminho viável para a inserção dos direitos humanos no percurso dos marcos regulatórios para os resultados e pesquisas com a escala nano.

Como não se trata de um patrimônio que pertence a um determinado Estado, mas de sua projeção global, é necessário ter presente "as bases de um direito cosmopolítico,

---

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

[22] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 112.

[23] OST, François. *A Natureza à margem da Lei*:a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1997, p. 215.

fundado sobre o conceito de uma partilha equitativa dos recursos e de uma ocupação pacífica do espaço disponível, sob o império das leis comuns" [24]

Portanto, o ser humano e o meio ambiente são dois elementos inegociáveis na gestão da inovação. Com isso, via Direitos Humanos, é preciso não perder de vista a necessária partilha dos resultados com o foco na atual geração humana, mas também desenvolver um contexto suficiente e capaz de garantir "a equidade das partilhas intergerações": não será admissível a negligência com as gerações futuras.

Assim, os direitos humanos funcionam como um alerta à compreensão de cada um, lembrando que todo ser humano merece respeito independentemente de suas condições ou opções, pois a dignidade humana, de todos os humanos, interligada a uma relação de respeito e mútua sustentabilidade com o meio é condição de possibilidade para a continuidade da própria existência humana.

Não são quaisquer direitos, mas são os direitos sem os quais se retira a principal característica dos humanos: a sua humanidade, quer dizer, a sua essência.

O que se deverá respeitar, pressuposto deste quadro assim caracterizado é a "dignidade da pessoa humana", ou seja, o que permite a um ser humano valorizar-se como ser de sangue, elevar-se a mais além de sua realidade simplesmente biológica, pronunciar uma palavra que possa realmente assumir, na qual possa realmente expressar-se.[25] Este pressuposto, portanto, é o pano de constituição onde se projeta o ser humano e é o que faz dos Direitos Humanos um espaço de convergência para a discussão das coisas humanas.

O espaço social dos Direitos Humanos é uma possibilidade de se unir o público e o privado, numa preocupação comum de ética, política, cultura e sociedade, a fim de conciliar os interesses individuais e os coletivos.

Assim sendo, se mostra adequado para mediar os interesses dos laboratórios e investidores particulares e os efetivos interesses coletivos oriundos das nanotecnologias. Além disso, eles visam a conciliação de "normas, por vezes contraditórias, segundo uma

---

[24] OST, François. *A Natureza à margem da Lei***:**a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1997, p. 317.

[25] DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum.* Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo:Martins Fontes, 2004, p. 185.

lógica que faz intervirem diversos critérios de referência (*multidimensional*) e os organiza entre si (*combinatória*)" .[26]

É na simbiose entre o múltiplo e o individual, entre o público e o privado que os Direitos Humanos sedimentam a sua caracterização ética suficiente para assegurar a dignidade da pessoa humana no desenvolvimento da técnica que é trazida pelas investidas em nanoescala, especialmente no tocante à garantia do direito à informação do consumidor de nanoprodutos, para que este possa sim, fazer sua escolha.

CONCLUSÕES

O desafio da nanotecnologia na atualidade, para o Direito, é como a sociedade poderá colher os benefícios da produção em nano escala e, concomitantemente não sofrer os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais que podem advir juntamente com esta tecnologia.

Não há hoje, conhecimento disponível para definir todos os possíveis riscos associados aos nanomateriais, e assim, se torna necessária e imprescindível a gestão dos riscos para que as decisões possam objetivar a redução deles. Neste sentido, o direto do consumidor também sofre impactos, especialmente no tocante ao direito de informação, que permitirá ao consumidor poder realmente fazer uma opção de consumo, e pode-se considerar este direito como uma das faces da dignidade da pessoa humana, direito humano reconhecido como princípio constitucional de maior hierarquia lógico- valorativa no Brasil. Ainda, concomitantemente a este direito surge para o empreendedor o dever de informação.

Verifica-se a necessidade da utilização do princípio da informação para proporcionar ao consumidor a autonomia de escolha dos nanoprodutos, cientificando-os dos riscos que possam ser produzidos pelo consumo destes.

Frente à necessidade de criar formas de operacionalizar a aplicação do Direito diante dos riscos das nanotecnologias, obedecendo sempre ao preceito constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, é importante a efetiva aplicação do princípio da

[26] DELMAS-MARTY, Mireille. *A Imprecisão do Direito*: Do Código Penal aos Direitos Humanos. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo, Manole, 2005, p. 288.

informação de modo que a sociedade possa compreender a dimensão que assume a defesa do consumidor frente aos possíveis riscos dos produtos nanotecnológicos.

Somente assim o Direito poderá produzir respostas às demandas surgidas em função da nova realidade gerada pelo uso e impactos das nanotecnologias, conjugando o respeito ao ser humano e ao meio ambiente com a inovação e ampliação do conhecimento nas áreas das ciências duras.

É preciso um Direito crítico, capaz de fazer leituras da realidade e apto a provocar as mudanças necessárias nesta realidade, sob pena de restar isolado das outras áreas do conhecimento. Tais mudanças profundas no Sistema do Direito se fazem urgentes e necessárias, a fim de possibilitar o seu diálogo com os demais Sistemas, especialmente o Sistema da Ciência, com o foco no equacionamento dos eventuais riscos que poderão vir junto com o aprofundamento da Revolução Nanotecnológica.

Ainda, é preciso que a dignidade da pessoa humana seja compreendida como um referencial ético adequado para se avaliar a condição de possibilidade para os avanços das nanotecnologias, de modo que a revolução Nanotecnológica venha acompanhada da liberdade para avançar, parar ou retroceder, dependendo dos resultados que vão sendo obtidos, objetivando sempre o cuidado com o ser humano e o meio ambiente, focando nas atuais e futuras gerações.

Referências

AYALA, Patryck de Araújo. “Transdisciplinaridade e os novos desafios para a proteção jurídica do meio ambiente nas sociedades de risco: entre direito, ciência e participação”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, a. 16, n. 61, p. 17-36, jan./mar. 2011 p. 25.

BERGER, Michael. *A nanotechnology perspective for manufacturing*. Disponível em: <http://www.nanowerk.com/spotlight/spotid=44211.php>. Acesso em 08 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 24 jun. 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil.* 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

*Civil society demands action, not words, on nanotechnology***.** Disponível em **: <** http://www.nanowerk.com/nanotechnologynews/newsid=43239.php?utm_content=bufferfc321&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer**>.** Acesso em 10 ago. 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille.*Por um direito comum.* Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo:Martins Fontes,2004.

_____. *A Imprecisão do Direito*: Do Código Penal aos Direitos Humanos. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo, Manole, 2005.

ENGELMANN, Wilson; MACHADO, V. S. "Do Princípio da Precaução à Precaução como Princípio: construindo as bases para as nanotecnologias compatíveis com o meio ambiente." *Revista de Direito Ambiental*, v. 69, 2013.

HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil: a gestão dos riscos a partir do Diálogo entre Fontes do Direito*. Curitiba: Juruá, 2014.

LAZAREVIC, David; FINNVEDEN, Göran. *Life cycle aspects of nanomaterials***.** Environmental Strategies Research KTH - Royal Institute of Technology, 2013. Disponível em : <https://www.kth.se/abe/om-skolan/organisation/inst/see/om/avd/fms. > Acesso em 10 jul.2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à Informação e Meio Ambiente.* São Paulo: Malheiros, 2006.

MAYNARD, Andrew D.; Et al. "Safe handling of nanotechnology." *Nature,* v. 44, n. 16, Nov. 2006.

NPD- *Nanotechnology Products Database.* Disponível em: <http://product.statnano.com> . Acesso em 09 ago. 2016.

OIT – International Labour Organization. *Riesgos Emergentes y Nuevos Modelos de Prevención en um Mundo de Trabajo en Ransformación*. 2010. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/ ---safework/documents/publication/wcms_124341.pdf>. Acesso em 01 jun. 2016.

OST, François. *A Natureza à margem da Lei***:**a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1997.

PNUD. *Cumprimento dos Objetivos Globais depende da garantia de direitos humanos.* Disponível em : <http://www.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2016/09/19/cumprimento-dos-objetivos-globais-depende-da-garantia-de-direitos-humanos.html.> Acesso em 20 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZANIRATO, Silvia Helena. Et. al. *Sentidos do risco: interpretações teóricas revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales.* Barcelona: Universidad de Barcelona, v. XIII, n. 785, Maio 2008.

A previdência social brasileira: necessidade de ajustes para sua sustentabilidade

Ionas Deda Gonçalves[1]
Zélia Luiza Pierdoná[2]

Resumo: No Brasil, a seguridade social compreende, nos termos da Constituição de 1988, um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. A previdência social é um direito dirigido aos trabalhadores e seus dependentes e visa manter o nível de vida deles, nas situações de necessidade. Entretanto, para conceder a proteção, exige a contraprestação direta do segurado, por meio do pagamento de contribuições previdenciárias. Assim, a previdência social tem natureza profissional/contributiva. É subdividida em proteção obrigatória, de natureza pública, e proteção complementar, que, em regra, é de natureza privada. O presente trabalho tem por objetivo apresentar o desenho da proteção concedida pela previdência social brasileira (segurança social contributiva), bem como demonstrar a necessidade de ajustes ao mencionado sistema, como forma de garantir sua sustentabilidade e, com isso, proteger não apenas os atuais beneficiários, como também os futuros.

Palavras-chave: proteção previdenciária, sustentabilidade, necessidade de ajustes

Resumen: En Brasil, la seguridad social comprende, de acuerdo con la Constitución de 1988, un conjunto integrado de acciones de las autoridades públicas y de la sociedad, para garantizar los derechos a la salud, a la previsión social (seguridad social contributiva) y a la asistencia social. La previsión social es un derecho dirigido a los trabajadores y sus dependientes y su objetivo es mantener el nivel de vida del trabajador en las situaciones de necessidad. Pero requiere la contraprestación directa del asegurado, a través del pago de las cotizaciones previsionales. Por lo

[1] Mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor da mesma Universidade e da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: ionasgoncalves@yahoo.com.br.
[2] Mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, realizou estágio de pós-doutorado na Universidade Complutense de Madri, Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: zelia.luiza@terra.com.br.

tanto, la previsión social tiene carácter profesional/contributivo. Se subdivide en protección obligatoria, de carácter público, y protección complementaria, que, por regla general, es de naturaleza privada. Este estudio tiene como objetivo presentar la protección social concedida por la seguridad social contributiva y demonstrar la necesidad de ajustes para garantizar su sostenibilidad y así proteger no sólo a los actuales beneficiarios, sino también a los futuros.

Palabras clave: protección de la previsión social, sostenibilidad, necesidad de ajuste

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo apresentar a proteção previdenciária brasileira, a qual está inserida em um contexto maior de proteção social, que a Constituição de 1988 denominou seguridade social.

O referido sistema de proteção tem como objetivo a proteção de todos, em todas as situações geradoras de necessidade. Para atingir o citado objetivo, o Constituinte uniu três direitos sociais: a saúde, a previdência e a assistência social.

Assim, antes de abordar o tema propriamente dito, serão feitas considerações sobre o contexto em que a previdência social está inserida, ou seja, a seguridade social.

Na sequência, será demonstrado que a previdência brasileira é o subsistema da seguridade social dirigido aos trabalhadores e seus dependentes, os quais estão obrigatoriamente vinculados ao Regime Geral ou aos Regimes dos Servidores Públicos. Além disso, podem, voluntariamente, buscar proteção complementar.

Finalmente serão apresentados dados referentes aos gastos da União com previdência social e compará-los aos gastos relativos às demais áreas componentes da seguridade social (saúde e assistência) e à educação. Diante dos referidos dados serão feitas algumas considerações sobre a necessidade de ajustes na previdência social brasileira, visando sua sustentabilidade.

A previdência social no contexto da seguridade social brasileira

No Brasil, a seguridade social compreende, nos termos do art. 194 da

Constituição, um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A saúde pública foi universalizada com a Constituição de 1988, não havendo qualquer diferença de acesso e de atendimento entre um trabalhador e uma pessoa que não exerça atividade laborativa. O acesso ao sistema público de saúde é universal e igualitário, nos termos do art. 196 da Constituição brasileira.

A previdência social é um direito dirigido aos trabalhadores e seus dependentes e tem por objetivo garantir recursos nas situações em que eles não podem ser obtidos pelos próprios trabalhadores. Portanto, a previdência substitui os rendimentos do trabalho e visa manter o nível de vida do trabalhador. É um direto que exige o cumprimento de um dever, na medida em que exige a contraprestação direta do segurado para que ele e seus dependentes façam jus aos benefícios.

A previdência brasileira apresenta proteção obrigatória e complementar. A obrigatória protege até um determinado valor e subdivide-se em Regime Geral de Previdência Social (protege todos os trabalhadores, menos os servidores públicos) e Regime Próprios dos Servidores Públicos (dirigidos apenas aos servidores públicos titulares de cargos efetivos). O regime financeiro é de repartição simples. O teto de proteção do Regime Geral de Previdência Social, para o ano de 2016, é de R$ 5.189,82.

Para os servidores que ingressaram no serviço público até o final de 2003, os benefícios pagos pelos Regimes dos Servidores Públicos correspondem à integralidade de suas remunerações. A partir da referida data, houve alteração do ordenamento jurídico e os entes federativos podem[3] adotar o mesmo teto de proteção do Regime Geral de Previdência Social.

A previdência complementar, por sua vez, é facultativa e tem por objetivo proteger o trabalhador que recebe remuneração acima do teto concedido pela previdência obrigatória. É autônoma em relação à proteção obrigatória.

Por fim, a assistência social tem por objetivo proteger aquelas pessoas que não são protegidos pela previdência social e que se encontrem em situação de necessidade social. De forma diversa da previdência, a assistência não exige

[3] Os entes federativos podem adotar o mesmo teto de proteção do Regime Geral, desde que instituam previdência complementar para os seus servidores. Há entes que já o adotaram, a exemplo da União, do Estado de São Paulo e do Estado do Rio Grande do Sul.

contribuição e visa retirar a pessoa da miserabilidade, concedendo-lhe o mínimo de recursos para a sobrevivência. A Constituição estabeleceu um benefício assistencial que corresponde ao mesmo valor do limite mínimo dos benefícios pagos pela previdência social[4]. O referido benefício é concedido aos idosos, com mais de 65 anos, e aos deficientes que se encontrem em situação de miserabilidade.

O presente trabalho tem por objetivo, como mencionado acima, apresentar a proteção concedida pela previdência social brasileira (proteção contributiva). Assim, na sequencia serão apresentadas, de forma sinética, as principais características da previdência social brasileira.

O sistema brasileiro de previdência social

A previdência social tem como pressuposto o exercício de atividade remunerada e a contraprestação direta do segurado, por meio do pagamento de contribuições previdenciárias. Portanto, tem natureza profissional/contributiva. Divide-se em proteção obrigatória (todos os que exercem atividade remunerada são segurados obrigatórios) e proteção complementar. T

Dessa forma, ao menos no âmbito jurídico[5], a previdência obrigatória inclui todos os trabalhadores, os quais estão protegidos pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou pelos Regimes dos Servidores Públicos que são instituídos pelos entes federativos para proteger seus servidores titulares de cargos efetivos.

O Brasil é uma república federativa, a qual possui como entes federativos a União, os estados (26), o Distrito Federal (Brasília) e os municípios (5.567).

Registre-se que a União, todos os estados, o Distrito Federal e aproximadamente 40% dos municípios instituíram regimes previdenciários para os seus respectivos servidores públicos titulares de cargos efetivos. Os servidores dos demais municípios (em torno de 60%) estão vinculados ao Regime Geral de

[4] Embora seja o valor mínimo, quase 70% dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social correspondem a um salário-mínimo, o que acaba desestimulando o recolhimento de contribuições por parte dos trabalhadores de baixa renda, especialmente quando eles são os responsáveis pelo recolhimento das contribuições.

[5] Ressalta-se que, embora juridicamente todos os que exercem atividade remunerada sejam segurados obrigatórios da previdência social, quase 30% deles, segundo dados da própria Previdência, não contribuem, ou porque não efetuam o recolhimento, quando a legislação atribui a eles a obrigação de fazê-lo (aqueles que exercem atividade por conta própria e estão incluídos entre os denominados contribuintes individuais), ou porque os empregadores violam as regras trabalhistas, deixando de assinar a carteira de trabalho, bem como deixam de recolher as contribuições previdenciárias.

Previdência Social, o qual protege todos os trabalhadores, exceto os servidores públicos que estão vinculados aos Regimes Próprios dos entes federativos que tenham instituído regimes previdenciários.

Os servidores militares, tanto da União, quanto dos Estados membros, não estão incluídos, nem no Regime Geral, nem nos Regimes dos Servidores Públicos Civis. A eles há um sistema de proteção específico, cujas regras não estão previstas na Constituição, mas apenas no ordenamento infraconstitucional.

A Constituição brasileira, no art. 40, estabelece os preceitos dirigidos à previdência social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos dos entes federativos, suas autarquias e suas fundações. Preceitua também que a União editará normas gerais sobre previdência social. Com isso, quando um ente federativo institui proteção previdenciária a seus servidores, deve observar o art. 40 da Constituição e também as normas gerais editadas pela União (atualmente a Lei nº 9.717/98).

O art. 201 da Constituição[6] estabelece as normas aplicáveis ao Regime Geral, o qual é aplicado a todos os trabalhadores, exceto os servidores[7] públicos protegidos pelos Regimes dos Servidores, acima mencionados, e os militares.

O Regime Geral da Previdência Social é de responsabilidade da União (governo central), sendo que os benefícios são administrados pela autarquia federal denominada Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. As contribuições previdenciárias são arrecadadas pela Receita Federal do Brasil. Inicialmente o INSS também as arrecadava, mas, desde 2007 (Lei nº 11.457/2007), a arrecadação e a fiscalização são de responsabilidade da Receita Federal que administra todos os tributos da União.

Conforme já mencionado, todos os trabalhadores são protegidos pelo

---

[6] Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

[7] Os servidores públicos que não são titulares de cargos efetivos, como os titulares de cargos em comissão, os temporários, os titulares de cargos eletivos pertencem ao Regime Geral de Previdência Social.

Regime Geral de Previdência Social brasileiro, exceto os servidores públicos titulares de cargos efetivos (dos entes federativos que instituíram proteção previdenciária a eles dirigida) e os militares. Com isso, o Regime Geral abrange todos os trabalhadores da iniciativa privada (com vínculo empregatício, empregados domésticos, trabalhadores avulsos, trabalhadores que exercem suas atividades por conta própria, incluindo os urbanos e rurais), os servidores públicos que não são titulares de cargos efetivos (cargos em comissão, temporários etc) e os servidores titulares de cargos efetivos dos entes federativos que não instituíram Regimes Próprios a seus servidores (em torno de 60% dos municípios). Assim, todo aquele que exerce atividade remunerada é considerado “segurado obrigatório”.

No Regime Geral os trabalhadores (segurados obrigatórios) são classificados em empregados, empregados domésticos, trabalhadores avulsos, contribuintes individuais (autônomos, agricultores, empresários que exercem atividade na empresa etc) e segurados especiais (pequenos agricultores e pescadores artesanais que exercem suas atividades em regime de economia familiar). Portanto todos aqueles que exercem atividade remunerada e não sejam servidores titulares de cargos efetivos ou militares, obrigatoriamente serão incluídos em uma das espécies de segurado acima citadas.

As prestações previdenciárias dividem-se em benefícios e serviços. O Regime Geral de Previdência Social possui oito benefícios devidos aos segurados (aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por idade, aposentadoria especial, aposentadoria por invalidez, salário-maternidade, salário-família, auxílio-doença e auxílio-doença)´e dois devidos aos dependentes (pensão por morte e auxílio-reclusão). Além disso, a previdência concede seguro-desemprego para proteger o trabalhador em situação de desemprego involuntário.

Embora todos os trabalhadores estejam incluídos como segurados obrigatórios, a legislação estabelece obrigações e benefícios distintos, em muitas situações. Isso se verifica, por exemplo, no que tange às contribuições devidas pelos segurados, pois enquanto o empregado, o doméstico e o avulso recolhem 8, 9 ou 11% sobre a “remuneração”, o contribuinte individual recolhe, como regra geral, 20%, podendo contribuir com 5 ou 11%, mas nestes casos (5 e 11%) não terá direito à aposentadoria por tempo de contribuição. A contribuição do segurado especial é de 2,1 % sobre o resultado da comercialização, fazendo jus a benefícios de um

salário mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição.

Também há benefícios que não são concedidos a todas as espécies de segurados, como por exemplo o salário-família e o auxílio acidente. Ainda, há outros benefícios que o segurado tem ou não direito, dependendo do percentual de recolhimento das contribuições, como no caso da aposentadoria por tempo de contribuição, na hipótese de o contribuinte individual recolher 5 ou 11% e não 20%, conforme referido acima.

Além dos segurados obrigatórios (trabalhadores), a legislação brasileira admite que aqueles que não exercem atividade remunerada sejam segurados da previdência social, na condição de "segurados facultativos". A legislação brasileira não exige qualquer pré-requisito para a referida vinculação, salvo que tenha mais de 16 anos; não seja segurado obrigatório, nem no Regime Geral, nem nos Regimes dos Servidores; e que contribua para a previdência social. Registre-se ainda que o ordenamento não faz qualquer restrição ao acesso aos benefícios, pois concede aos segurados facultativos as mesmas prestações que concede aos contribuintes individuais.

Registre-se, ainda, que a legislação não estabelece uma idade máxima para a filiação à previdência e o correspondente início do recolhimento de contribuição previdenciárias. Com isso, muitas pessoas acabam se filiando ao sistema e iniciando o recolhimento das contribuições mesmo depois dos 65 anos de idade, quando o sistema contributivo e o não contributivo já pressupõem a incapacidade. Isso porque a previdência concede aposentadoria por idade aos homens com 65 anos (para as mulheres é 60 anos) e a assistência social concede o benefício de prestação continuada também aos 65 anos (para ambos os sexos).

Em razão dessa ausência de limite máximo de idade, em relação ao ingresso no sistema, o comportamento de muitos segurados não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico, constituindo verdadeiras fraudes em face do sistema previdenciário. E, muitas vezes, acabam sendo concedidos benefícios, especialmente os decorrentes de incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez), não só na via judicial, onde tem sido adotada uma postura mais generosa, como também na via administrativa.

Assim, os trabalhadores são segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social e aqueles que não exercem atividade remunerada podem ser

segurados, na condição de segurados facultativos.

Conforme já mencionado, os Regimes dos Servidores Públicos tem suas normas constitucionais previstas no art. 40, sendo que a eles se aplicam subsidiariamente as regras do Regime Geral, nos termos do §12 do mesmo do dispositivo constitucional.

As normas infralegais[8] estabelecem que os Regimes dos Servidores devem assegurar, pelo menos, as aposentadorias (que são cinco: por idade; compulsória; por tempo de contribuição com idade mínima; especial; e, por invalidez) e a pensão por morte. Com isso, a maioria dos Regimes dos Servidores Públicos concedem apenas as aposentadorias e a pensão por morte, sendo que o restante dos eventos que necessitam de proteção, como a incapacidade temporária, a maternidade, a prisão do servidor, são garantidos diretamente pelo tesouro do respectivo ente federativo.

Aos servidores militares não se aplicam os preceitos do art. 40 da Constituição. As regras as eles dirigidas estão previstas apenas no ordenamento infraconstitucional, conforme preceitua o inciso X, do art. 142 e os §§ 1º e 2º do art. 42, todos da Constituição. Considerando a forma federativa do estado brasileiro, tanto a União, quanto os Estados possuem servidores militares.

Os militares da União não contribuem para suas reformas (pode-se equiparar à aposentadoria), mas apenas para as pensões. No caso do estados membros, há alguns em que os militares contribuem também para suas reformas, como é o caso do Estado de São Paulo. Assim, o não recolhimento por parte dos militares da União e de alguns estados membros, não decorrem da natureza do trabalho prestado, mas de opções políticas feitas pelos respectivos entes federativos. Isso demonstra que o quadro pode ser alterado, para que sejam instituídas contribuições dos citados profissionais, nos entes federativos que ainda não as instituíram.

Além da proteção obrigatória, conforme mencionado no item anterior, a Constituição prevê a previdência complementar, no art. 202 e nos §§ 14 a 16 do art. 40, a qual tem por objetivo manter o real nível de vida do trabalhador[9],

[8] Segundo o §3º do art. 10 do Decreto 3.488/99 "Entende-se por regime próprio de previdência social o que assegura pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no art. 40 da Constituição Federal.

[9] De acordo com o *Relatório Beveridge,* a previdência complementar visa atender as necessidades reais do trabalhador, já que a proteção obrigatória protege até determinado valor. BEVERIDGE,

especialmente se durante a atividade laboral ele recebia além do limite máximo da previdência obrigatória. A referida proteção, apresenta como característica a facultatividade e é organizada de forma autônoma em relação à proteção obrigatória. Seu sistema financeiro é de capitalização.

A previdência complementar é regulada pelas Leis Complementares nº 108/2001 e nº 109/2001, sendo operada por entidades privadas fechadas (sem finalidade lucrativa) e abertas. Mas, apesar de sua natureza privada, é normatizada, supervisionada, fiscalizada e controlada pelo Poder Público, nos termos do art. 5º da LC nº 109/2001.

Registre-se que o percentual de trabalhadores que tem acesso à previdência complementar ainda é muito reduzido no Brasil, embora a tendência seja de ampliação, especialmente porque os entes federativos que adotarem o mesmo teto de proteção do Regime Geral para seus Regimes Próprios de Previdência, devem instituir previdência complementar, nos termos do §14 do art. 40 da Constituição. A União e alguns estados membros já instituíram.

Gastos da União com a previdência social em 2015

A União é responsável pelo Regime Geral de Previdência Social e pelo Regime dos Servidores Públicos Federais.

Segundo o Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal[10], a União gastou (despesas liquidadas) somente com benefícios do Regime Geral de Previdência Social[11] (administrados pelo INSS) o valor de R$ 430.320.437,00. Com benefícios ao trabalhador gastou R$ 46.480.544,00, sendo que, no mínimo 40 bilhões do referido valor correspondem ao seguro-desemprego, que é um benefício previdenciário, nos termos do art. 201, III da Constituição. Para o Regime Próprio de seus servidores (civis e militares) foram destinados R$ 99.879.034,00, o que totaliza mais de 570 bilhões de reais somente com previdência social.

William. *Seguro social y servicios afines: informe de Lord Beveridge*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 240.

[10] https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/352657/RROdez2015.pdf/a6524837-7907-4716-b607-062d8b081c61, acesso em 01-09-2016.

[11] Em dezembro de 2015, o estoque de benefícios previdenciários pagos pelo INSS correspondia ao montante de 28.276.347, ou seja, mais de 28 milhões de pessoas recebendo prestações previdenciárias, conforme dados dos "Resultados do Regime Geral de Previdência Social", disponível em http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/politicas-de-previdencia-social/resultados-do-rgps/, acesso em 01-09-2016.

Assim, se com os atuais dados demográficos, o Brasil gastou tanto apenas com previdência social, quanto não gastará em 30 ou 40 anos, quando teremos uma população de idosos bem superior a atual, já que a expectativa de vida dos brasileiros tem aumentando continuamente e a natalidade tem sido reduzida a cada ano.

Para efeitos de comparação com as demais áreas componentes da seguridade social, também em 2015, a União gastou com saúde o valor de R$ 92.915.011,00 (despesas realizadas), sendo que a dotação orçamentária era de R$ 111.208.101,00 e, com assistência social, o valor de R$ 70.704.645,00 (a dotação era de 74.534.282,00).

Registre-se que o financiamento da seguridade social é efetivado, principalmente, pelas contribuições previstas no art. 195 (seis contribuições: da empresa sobre a folha de pagamento, da empresa sobre o faturamento, da empresa sobre o lucro, dos trabalhadores, sobre receita de concurso de prognóstico e do importador) e no art. 239 (PIS/PASEP), ambos da Constituição. Duas delas (da empresa sobre a folha e a do trabalhador) são destinadas apenas à previdência e, a contribuição do art. 239 é destinada ao seguro-desemprego e ao abono previsto em seu §3º.

De acordo com os dados do relatório acima referido, a receita realizada de contribuições sociais foi de R$ 674.844.609,00. Do referido valor, aproximadamente 670 bilhões referem-se a contribuições de seguridade social, já que no valor de 674 bilhões está incluída a contribuição do salário-educação (art. 212, §5º da Constituição).

Das contribuições de seguridade social (aproximadamente 670 bilhões), R$ 325.681.659,00 referem-se às contribuições da empresa sobre a folha e do trabalhador, que são contribuições previdenciárias (art. 195, I, “a” e II da Constituição), destinando-se apenas ao pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 167, XI, da Constituição). Registre-se que havia uma previsão de arrecadação de R$ 374.336.643,00 reais, o que significa uma frustração de receita de aproximadamente 50 bilhões.

O valor arrecadado da contribuição para o PIS/PASEP, que, em sua maior parte, é destinado ao seguro-desemprego, foi de R$ 53.721.572,00.

A arrecadação das contribuições dos servidores públicos federais civis

(ativos, inativos e pensionistas) correspondeu ao valor de R$ 11.926.135,00 e, a dos militares, de R$ 2.649.783,00. Assim, somando-se ao valor relativo a parte da União, como empregadora (duas vezes a contribuição dos servidores), tem-se o montante de R$ 43.727.754,00. Como os gastos com as aposentadorias e pensões do servidores civis e militares (reformas) foram de R$ 99.879.034,00, o déficit foi superior a 56 bilhões de reais.

Também para efeitos de comparação e, saindo das áreas componentes da seguridade social, em 2015 a União gastou o montante de R$ 79.997.720,00 em educação, sendo que a dotação orçamentária era de R$ 102.287.103,00. Isso significa que mais de 20 bilhões de reais deixaram de serem gastos com a educação.

Ainda, para permitir uma visão mais geral dos gastos e das receitas dadas receitas da União, sua receita com impostos, também segundo o relatório já citado, foi de R$ 425.736.228,00. Entretanto, a receita líquida da citada espécie tributária (depois das transferências constitucionais) foi de R$ 258.577.288,00. Assim, excluindo-se as contribuições sociais, o montante da receita tributária disponível para a União gastar com outras políticas, que não as de seguridade social, é muito reduzido.

A situação dos estados e dos municípios não difere muito, pois os gastos com a previdência dos seus servidores têm consumido boa parte dos recursos, dificultando a efetivação de outras políticas sociais.

Necessidade de ajustes na previdência social

O quadro acima revela a necessidade urgente de ajustes na previdência social, os quais não podem se restringir ao âmbito constitucional, mas alcançar também a legislação infraconstitucional, garantindo-se aos segurados do Regime Geral e aos servidores públicos que ainda não têm direito adquirido à proteção regras de transição proporcionais ao tempo de trabalho já exercido.

Ressalta-se que não é só a aposentadoria por tempo de contribuição que precisa de mudanças, no sentido de inclusão de uma idade mínima. Deve ser repensada a diferença de tempo e de idade entre homens e mulheres e, caso mantida, reduzida a diferença de cinco anos, atualmente existente.

No âmbito infraconstitucional, a legislação dos benefícios por

incapacidade tem gerado prestações superiores à remuneração do trabalho, o que estimula a busca por benefícios, sendo que, em algumas vezes, de forma fraudulenta. Ainda, deve ser incluído um limite máximo de idade para o ingresso no sistema previdenciário e para o inicio do pagamento de contribuições, pois se trata de um seguro social, o qual é sustentado por todos os segurados, não sendo justo que alguns iniciem a recolher contribuições quando já estão incapacitados ou prestes a se tornarem, em razão da idade avançada.

Em relação ao percentual pago ao benefício de pensão por morte, deve haver alteração, pois, com o óbito do segurado, há menos gastos e, portanto, não há razões para se manter o percentual de 100% sobre o salário-de-benefício.

Também, não se justifica a ausência de contribuição dos militares federais e de alguns estados membros para as suas reformas.

Por fim, registre-se que não é só a previdência que precisa de ajustes, pois o benefício assistencial de um salário-mínimo, concedido aos idosos com mais de 65 anos e às pessoas com deficiência, que não possuem meios de prover sua subsistência ou de tê-la provida pela família, tem desestimulado o recolhimento para a proteção previdenciária futura. Isso porque o mencionado benefício terá o mesmo valor do benefício previdenciário, ao menos para grande parte dos beneficiários da previdência social, já que quase 70% dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social recebem aposentadorias e pensões no valor de um salário-mínimo.

Conclusões

Diante dos dados apresentados, a população brasileira deve refletir sobre o quanto quer gastar com previdência social, não só em relação aos atuais aposentados e pensionistas, mas também para garantir a sustentabilidade futura da previdência social.

Além disso, deve analisar se os gastos com a previdência comprometem ou não a efetividade de outras políticas sociais, tanto dentro do sistema de seguridade social (saúde e assistência), quanto fora dela, como por exemplo, educação e segurança pública.

Assim, interessa a toda a sociedade brasileira o debate sobre a reforma da previdência social. O referido debate, além de urgente, deve transcender a

interesses corporativos de grupos específicos, que, a pretexto de defender os direitos dos tralhadores, buscam a manutenção de tratamento diferenciado que, ao longo dos anos, sempre receberam, em detrimento dos demais trabalhadores.

Enfim, a reforma na previdência social é necessária para garantir a efetividade da equidade intergeracional, protegendo não só os atuais beneficiários como também os futuros, bem como para garantir recursos a outras políticas sociais tão importantes quanto a previdência social.

Referências

BEVERIDGE, William. *Seguro social y servicios afines: informe de Lord Beveridge*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989;

PIERDONA, Zélia Luiza. O sistema de seguridade social brasileiro. In: Marco Antônio César Villatore; Francisca Moreno Romero. (Org.). *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI*/Madrid/Espanha. 1ed. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, v. 6, p. 87-104;

PREVIDÊNCIA SOCIAL. Resultados do Regime Geral de Previdência Social. Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/politicas-de-previdencia-social/resultados-do-rgps/;

TESOURO NACIONAL. Relatório resumido da execução orçamentária do governo federal. Disponível em: https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/11180/352657/RROdez2015.pdf/a6524837-7907-4716-b607-062d8b081c61.

A pobreza como elemento da globalização hegemônica neoliberal

Thiago Santos Rocha[*]

Resumo:

O presente artigo visa analisar a relação entre a pobreza, que atinge diversos grupos e indivíduos, e a globalização hegemônica neoliberal, como pensamento que se pretende único para afirmar as dimensões internacionais do capitalismo. Tal estudo visa expor em âmbito doutrinário que, embora formalmente reconhecidos até mesmo pelos instrumentos ocidentais dos Direitos Humanos, como o Pacto internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) de 1966, os DESC são sistematicamente desrespeitados, sendo o direito a um nível adequado de vida diretamente afrontado pela pobreza. Adotou-se método dedutivo de abordagem, utilizando-se da pluralidade teórica sobre as estruturas de direitos humanos, as formas de globalização e as formas de pobreza. Foi realizada análise do texto normativo de pactos e tratados de direitos humanos, bem como foram analisados dados estatísticos levantados por instituições internacionais, em especial pelos diversos organismos da ONU (ex. FAO, UNICEF, OMS, UNESCO). O estudo expõe a ideia de que o neoliberalismo se utiliza das formas hegemônicas de globalização para difundir seu ideário e instituições individualistas, por meio das quais pretende firmar-se como pensamento único pautado na divisão entre vencedores (ricos) e fracassados (pobres). O presente estudo desenvolve a ideia de que formas de globalização não hegemônicas, com caráter emancipatório, pautadas na solidariedade e incapazes de conviver com a pobreza, são possíveis desde que acompanhadas de concepções de direitos humanos multiculturais e dinâmicas, tais como a hermenêutica diatópica e o impulso ético.

Palavras-Chave: Direitos Humanos, Globalização Hegemônica, Pobreza.

[*] Mestrando em Direito e Ciência Jurídica – Especialidade de Direitos Fundamentais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Consultor jurídico *ad hoc* para Direito Público da Ernst & Young. E-mail:tsrocha@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva analisar a relação entre a pobreza, que atinge diversos grupos e indivíduos, e a globalização hegemônica neoliberal, como pensamento que se pretende único para afirmar as dimensões internacionais do capitalismo.

Embora formalmente reconhecidos até mesmo pelos instrumentos ocidentais dos Direitos Humanos, como o Pacto internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) de 1966, os DESC são sistematicamente desrespeitados, sendo o direito a um nível adequado de vida diretamente afrontado pela pobreza.

Dos aproximadamente 7 bilhões de seres humanos no mundo, 795 milhões não comem o suficiente para serem considerados saudáveis[1], sendo que a subnutrição contribui para aproximadamente metade do total de mortes de menores de 5 anos[2], 2,4 bilhões vivem sem saneamento básico e mais de 663 milhões não tem acesso a água potável[3], 881 milhões vivem em favelas ou assentamentos urbanos informais[4] e 780 milhões de adultos são analfabetos[5].

A extensão e a gravidade do impacto causado pela pobreza mundial, independentemente dos aspectos jurídicos e políticos a ela relacionados, são elementos incômodos a qualquer indivíduo dotado do mínimo de sensibilidade moral.

[1] FAO, WFP and IFAD. *The State of Food Insecurity in the World 2015*: Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress. Rome: FAO, 2015.
[2] UNITED NATIONS CHILDREN´S FUND (UNICEF). *Committing to Child Survival*: A Promise Renewed. Progress Report 2015. Nova York: UNICEF, 2015.
[3] UNITED NATIONS CHILDREN´S FUND (UNICEF) and WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Progress on Sanitation and Drinking Water.* 2015 Update and MDG Assessment. Geneva: WHO Press, 2015.
[4] UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT). *World Cities Report 2016*. Urbanization and Development: Emerging Futures. Nairobi: United Nations Human Settlements Programme, 2016.
[5] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos 2000-2015***:** Progressos e desafios. Paris: UNESCO, 2015.

1. Pensamento único neoliberal e Direitos Humanos

A segunda metade do século XX foi marcada pela emergência da nova fase de capitalismo, alicerçada em princípios de cunho individualista que compõem o neoliberalismo.

Mais do que uma corrente político-econômica a serviço de uma elite interessada na manutenção e na reprodução das relações de poder vigentes, o neoliberalismo caracterizou-se pela defesa do pensamento único segundo o qual a liberdade do indivíduo o conduziria ao sucesso em determinado meio social, sendo o acúmulo de riquezas materiais o paradigma capaz de distinguir os bem sucedidos (ricos) dos incompetentes (pobres).

A exata compreensão das falsas premissas e das injustas consequências de tal concepção deve ser entendida não apenas para satisfação de pretensões acadêmicas, mas, sobretudo, para frisar que a realidade não precisa ficar atrelada a determinadas concepções e muito menos a reboque delas.

Uma das mais latentes inconsistências do pensamento neoliberal é vincular os objetivos de uma sociedade aos anseios econômicos de indivíduos e grupos específicos. Em outras palavras, o neoliberalismo consegue ao mesmo tempo advogar que a sociedade é homogênea, não havendo interesses superiores ao acúmulo de capital, e que seus indivíduos são unidimensionais, não sendo admitido que os indivíduos aspirem fins que não sejam econômicos.

Na medida em que o aumento das interações entre indivíduos e grupos de sociedades diversas tornaram-se mais frequentes com a globalização, esta, em sua forma ocidental hegemônica, passou também a atuar como instrumento neoliberal.

Boaventura de Sousa Santos define a globalização como sendo "o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival"[6].

Tal concepção mostra que a globalização não se trata de um processo com conteúdo/pensamento único, mas sim de conjuntos diferenciados de relações sociais

[6] SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: RENOVAR, 2004, p. 244.

que, embora possuam impactos além das fronteiras de Estado específico, possuem origem local.

Assim, a globalização com matizes neoliberais não é o único modo possível de transpor formas de relações locais a outros locais do globo, mas apenas uma forma hegemônica de globalização.

Ainda Santos identifica quatro formas de globalização, distinguíveis a partir dos modos em que são produzidas: 1) localismo globalizado, no qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso; 2) globalismo localizado, que consiste no impacto de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais; 3) cosmopolitismo, caracterizado como o conjunto heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que, recorrendo a articulações transnacionais, lutam contra a exclusão; e 4) patrimônio comum da humanidade, enquanto conjunto de temas emergentes que, por sua natureza, dizem respeito à sustentabilidade da vida humana na terra como um todo. As duas primeiras formas são de caráter neoliberal e hegemônicas e as outras duas de caráter solidário e contra-hegemônicas.[7]

Como bem expõe Hernández-Truyol, embora nem todos aproveitem dos benefícios das formas atualmente dominantes de globalização, nas quais empresas transnacionais ditam códigos de conduta em busca de maior parcela do mercado, há alternativas possíveis para que a globalização possa ter uma face humana e não apenas de mercado. Para isto, globalização não pode ser confundida com ocidentalização.[8]

An-Na'im bem expõe que a tensão entre relativo e universal permanece presente nas formas de globalização neoliberais justamente pelo fato de que estas põem em destaque as relações desiguais de poder entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.[9]

---

[7] SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita.* Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: RENOVAR, 2004, pp. 246-248.

[8] HERNÁNDEZ -TRUYOL, Berta Esperanza. Human Rights, Globalization and Culture. In: HERNÁNDEZ -TRUYOL, Berta Esperanza (ed.). *Moral Imperialism. A Critical Anthology*. New York and London: New York University Press, 2002b, pp. 354-355.

[9] AN-NA'IM, Abdullahi. "A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos", in César Augusto Baldi (org.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 437.

Tais considerações são de grande importância para identificar que, embora a globalização seja tão irreversível quanto a existência de relações entre pessoas e grupos diferentes o são, as formas de globalização hegemônica neoliberal e, consequentemente, suas mazelas, são plenamente evitáveis e afastáveis, sendo apresentadas alternativas factíveis a elas.

Da mesma forma, a luta dos direitos humanos não pode ser desqualificada pelo fato de a globalização hegemônica tê-la usado a serviço do neoliberalismo.

Não se deve afastar o conceito, mas sim a forma neoliberal de aplicação dos direitos humanos, pautada na universalização de hipóteses específicas sem considerar peculiaridades e necessidades locais.[10]

Conforme Gil Gott, a noção de direitos humanos universalista proveniente do Iluminismo está contaminada pelo capitalismo e pelo seu aspecto internacional, o imperialismo. Destarte, os direitos humanos não podem ter o status de uma normatividade vencedora, divorciada dos contextos social e político.[11]

Hernández-Truyol mostra que a linguagem de direitos humanos não pode ser analisada fora de seu caráter histórico, sendo que a difundida pelos valores liberais reflete as deficiências do pensamento liberal. Isto fica evidente, por exemplo, na análise da relação dos Estados do Ocidente / Norte com os Estados do Sul pós-coloniais no início dos anos 60.[12]

Naquele momento histórico as antigas metrópoles confortavelmente defendiam a universalização das construções em torno dos direitos negativos, direitos civis e políticos pautados no individualismo, enquanto se apresentavam resistentes ao reconhecimento dos direitos humanos positivos, voltados a aspectos sociais, econômicos e culturais.

A marca ocidental/liberal das concepções de direitos humanos difundidas pelas formas de globalização hegemônica são facilmente identificadas em vários

---

[10] AN-NA'IM, Abdullahi. "A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos", in César Augusto Baldi (org.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 447.

[11] GOTT, Gil: "Imperial Humanitarianism: History of an Arrested Dialectic. In: Hernández -Truyol, Berta Esperanza (ed.). *Moral Imperialism. A Critical Anthology.* New York and London: New York University Press, 2002, p. 36.

[12] HERNÁNDEZ -TRUYOL, Berta Esperanza. Human Rights, Globalization and Culture. In: HERNÁNDEZ -TRUYOL, Berta Esperanza (ed.). *Moral Imperialism. A Critical Anthology*. New York and London: New York University Press, 2002b, p. 356.

componentes de seu discurso de direitos humanos. Tais construções são pautadas em pressupostos tipicamente ocidentais como a busca da universalidade e o reconhecimento da propriedade como primeiro direito econômico.

Assim, a pretensa hierarquia entre aquilo que se convencionou denominar de gerações de direitos, colocando em destaque os direitos ligados às liberdades individuais e relegando ao segundo plano os direitos sociais, econômicos e culturais, nada mais é do que a expressão de uma forma de reprodução de valores neoliberais.

Ademais, no período Pós-Segunda Guerra Mundial, os Estados capitalistas hegemônicos passaram a se servir dos discursos de direitos humanos para difundirem seus interesses econômicos e ocultar atrocidades. Gil Gott afirma inclusive que, a partir de tal período, as práticas e concepções de direitos humanos apresentam-se como potencial legitimador do neoimperialismo.[13]

Configurava-se assim a duplicidade de critérios marcada pela paradoxal dualidade de uma "política de invisibilidade", ocultando fatos sob a responsabilidade de Estados do Norte/Ocidente, convivendo com uma "política de supervisibilidade", dando ressonância a acontecimentos em Estados que de alguma forma se opunham aos interesses capitalistas.

Especificamente tratando do caso da África, An-Na'im mostra que a descolonização de tal continente não levou a uma autodeterminação genuína, pois os discursos de direitos humanos das metrópoles estavam ligados a interesses políticos e econômicos, o que afetou consideravelmente a implantação dos direitos humanos.[14]

Todavia, mesmo An-Na'im, embora constate que a globalização tornou-se veículo de recolonização ao intensificar a dependência africana, reconhece que ela pode tornar-se instrumento de justiça e liberação para todas as sociedades humanas.[15]

---

[13] GOTT, Gil: "Imperial Humanitarianism: History of an Arrested Dialectic. In: Hernández -Truyol, Berta Esperanza (ed.). *Moral Imperialism. A Critical Anthology.* New York and London: New York University Press, 2002, p. 34.

[14] AN-NA'IM, Abdullahi. "A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos", in César Augusto Baldi (org.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 432.

[15] AN-NA'IM, Abdullahi. "A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos",in César Augusto Baldi (org.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 445.

As violações a direitos sociais, econômicos e culturais, considerando-se a pobreza como um ataque frontal ao direito humano a um nível adequado de vida, são tão contrários à concepção dos direitos humanos quanto a privação ao direito ao voto. Isto porque os direitos humanos são inter-relacionados e indivisíveis, não sendo o direito de votar de grande significado para um faminto.

Desse modo, ao contrário do que o pensamento único neoliberal tenta levar a crer, tanto a globalização quanto o movimento dos direitos humanos, embora amplamente difundidos como ferramenta de dominação a serviço do poder capitalista hegemônico, não estão indissociavelmente ligados a estas construções.

O movimento de direitos humanos de caráter emancipatório e solidário, capaz de evitar e combater a violações não apenas aos direitos formais individuais, mas sobretudo aos direitos substantivos coletivos, é tão possível quanto formas de globalização que não tenham o lucro e o mercado como princípio diretriz.

2. Impulso ético como motor para globalização contra-hegemônica

A difusão do neoliberalismo por meio das formas de globalização hegemônicas, na medida em que consolidou o acúmulo de riquezas nas mãos de pequenos grupos de indivíduos e organizações, expôs de forma inocultável suas mazelas inerentes.

As promessas de benefícios globais por meio do livre mercado não se cumpriram, e vieram à tona fatos espantosos, como a capacidade de uma minoria opulenta conviver com indicadores de miséria de parcela significativa da população global, tal como descrito na introdução deste trabalho.

Conforme bem exposto por Thomas Pogge, esta catástrofe está acontecendo, previsivelmente, sob uma ordem institucional global desenhada para beneficiar governos, cidadãos e corporações de países ricos, bem como as elites políticas e militares de países pobres.[16]

A confiança na proteção legal dos direitos humanos tornou-se uma força conservadora para legitimar promessas que o Estado é incapaz de cumprir, sendo a

[16] POGGE, Thomas. Severe Poverty as a Human Rights Violation. In: POGGE, Thomas (org.). *Freedom from Poverty as a Human Right: Who owes what to the very poor?* Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 52.

concepção hegemônica de direitos humanos um instrumento de injustiça social e repressão.

Ao mesmo tempo, embora os direitos econômicos, sociais e culturais sejam direitos humanos tanto quanto os direitos individuais ligados à liberdade, pouco se contesta a violação daqueles. Em partes, isto ocorre por não haver clara vinculação de tais violações ao modelo de justiciabilidade estrita, definido por An-Na'im como "a capacidade de um tribunal de identificar uma vítima, um violador individual, e prescrever um remédio para a violação".[17]

A concepção de proteção legal dos direitos humanos baseada na justiciabilidade apresenta grande fragilidade por pressupor que a violação de tais direitos é exceção, e não regra.[18] Por isto, tal sistema apresenta-se incapaz de enfrentar as mazelas da pobreza, que é a regra defendida pela globalização hegemônica neoliberal como aplicável àqueles que não alcançam o sucesso segundo as leis de mercado.

Assim, a pobreza e outras lesões a direitos humanos convivem com alguns aparentes progressos, como se fossem elementos pitorescos de uma paisagem dada, imutável e necessária.

Na modernidade, somente adquirem caráter político os sujeitos e as questões passíveis de serem enunciados em termos universais. Tudo o que não se adéqua a tal parametrização é resto.[19]

Aqueles que fracassam segundo os parâmetros hegemônicos e não conseguem se firmar como consumidores no mercado global são tratados como se fossem alienígenas, que não compartilham com os atores do palco neoliberal uma história comum de relações de poder e não tem direito usufruir sequer dos recursos produzidos pela natureza sem a intervenção humana.

---

[17] AN-NA'IM, Abdullahi. "A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos", in César Augusto Baldi (org.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 449.

[18] AN-NA'IM, Abdullahi. "A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos", in César Augusto Baldi (org.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 450.

[19] SEGATO, Rita Laura. Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial. In BIDASECA, Karina y Vanesa Vazquez Laba (Comp.): *Feminisimos y Poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina*, Buenos Aires: Ed. Godot, 2011.

Em um contexto em que tanto a lei quanto a moral que se pretendem dominantes convergem para o pensamento único legitimador do *status quo*, a defesa de uma ética da insatisfação como fundamento dos direitos humanos, tal como exposta por Rita Segato, surge como motor capaz de suportar os direitos em seu movimento universal.[20]

Rita Segato defende o impulso ético como terceiro princípio de justiça, distante da moral e da lei por não se basear em um conjunto de normas positivas e enumeráveis. O impulso ético seria o que permite qualquer indivíduo contestar a lei e a moral, considerando-as inadequadas e modificá-las.[21]

Esta conduta não apenas permite enxergar outras possíveis concepções de direitos humanos, mas sobretudo humaniza os seus atores na medida em que não respondam a programação imposta pela moral ou lei hegemônicas que são estáveis, mas sim atuem pelo impulso da ética, que é inquieta.

Todas violações de direitos humanos são provocadas pela ação ou omissão de seres humanos. Assim, o impulso ético é o elemento capaz de fomentar as ações e omissões humanas no sentido de defender e implementar os direitos humanos.

O impulso ético permite a qualquer indivíduo desvencilhar-se dos grilhões do pensamento único, universalizado pela força, e vislumbrar como evitáveis as consequências das formas de globalizações hegemônicas. Permite a construção plural de pensamentos que entendam a pobreza não como fatalidade, mas sim como consequência inerente a determinadas relações de poder que podem ser expurgadas por meio do enfrentamento das causas estruturais de violação dos direitos humanos.

3. Hermenêutica diatópica para superar valores do neoliberalismo

Para que atue como elemento a serviço da emancipação para afastar a injustiça e a opressão, o projeto dos direitos humanos não pode atuar como um transplante, mas sim como uma congruência de respostas às demandas de

[20] SEGATO. Rita Laura. Antropologia e Direitos Humanos: Alteridade e Ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana. Estudos de Antropologia Social,* vol. 12/1, abril de 2006. pp. 207-236.

[21] SEGATO. Rita Laura. Antropologia e Direitos Humanos: Alteridade e Ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana. Estudos de Antropologia Social,* vol. 12/1, abril de 2006. p. 221.

determinada sociedade. Tais relações devem ser construídas a partir da interdependência, e não do colonialismo.[22]

Raimundo Panikkar, após lembrar que a concepção atual de direitos humanos resulta de diálogo bastante parcial entre culturas do mundo, propõe a hermenêutica diatópica como abordagem multicultural dos direitos humanos. Isto sem olvidar que um verdadeiro pluralismo socioeconômico-político é pressuposto para o pluralismo cultural.[23]

Em uma explanação esclarecedora, Panikkar compara os direitos humanos a uma janela por meio da qual determinada cultura concebe uma ordem humana justa para seus indivíduos, sendo que os membros de tal cultura não enxergam a janela. Por isso, para reconhecer sua limitação, precisam do apoio de outra cultura, a qual enxerga por meio de outra janela. Assim, a conscientização da existência de outras janelas, ampliando ao máximo os pontos de vista, apresenta-se como a alternativa mais coerente com o pluralismo.[24]

Panikkar destaca que não há nada mais importante que enfatizar e defender a dignidade da pessoa humana. Todavia, não se pode confundir pessoa com indivíduo. Enquanto este representa um nó isolado, aquela é o tecido constituído em torno deste nó. Assim, os limites de uma pessoa não são pré-estabelecidos e redutíveis ao indivíduo, mas dependem de sua personalidade.[25]

Enquanto o mundo moderno é o mundo do uno no qual o individualismo é cultuado e todas as formas de alteridade são tratadas como um problema[26], a noção de direitos humanos que possa romper com a concepção neoliberal, deve ser

---

[22] AN-NA'IM, Abdullahi. "A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos", in César Augusto Baldi (org.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 438.

[23] PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de Direitos Humanos uma concepção ocidental? In: BALDI, Cesar (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: RENOVAR, 2004, pp. 205-238.

[24] PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de Direitos Humanos uma concepção ocidental? In: BALDI, Cesar (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: RENOVAR, 2004, pp. 210.

[25] PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de Direitos Humanos uma concepção ocidental? In: BALDI, Cesar (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: RENOVAR, 2004, pp. 205-238.

[26] SEGATO, Rita Laura. Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial. In BIDASECA, Karina y Vanesa Vazquez Laba (Comp.): *Feminisimos y Poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina*, Buenos Aires: Ed. Godot, 2011.

centrada na pessoa, não apenas no indivíduo, sendo capaz de abranger a indivisibilidade e a interdependência de direitos.

O movimento de direitos humanos é paradigmático na medida em que pode mover pessoas da periferia para o centro da globalização, mudando a visão do capitalismo para buscar a justiça econômica.[27] A hermenêutica diatópica é instrumento capaz de viabilizar esta mudança, passando a construções de direitos humanos a partir de *topois* diversos daqueles que o neoliberalismo tenta disseminar como pensamento único.

A janela neoliberal, como ponto de vista a partir do indivíduo proprietário e consumidor, não é a única possível. Ao reconhecer a incompletude e limitação desta visão, torna-se possível enxergar os direitos humanos, bem como as instituições do direito e da moral a eles atrelados, a partir das janelas dos excluídos e da solidariedade.

Embora a globalização neoliberal tente assentar a pobreza como parte necessária da paisagem vista a partir de sua janela, esta não é a única janela existente e possível. Ademais, a não ser que tal janela admita ser estilhaçada pela insatisfação gerada a partir de suas promessas não cumpridas, deve ter suas concepções ampliadas para conviver com outras janelas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoliberalismo se utiliza das formas hegemônicas de globalização para difundir seu ideário e instituições individualistas. Assim, pretende firmar-se como pensamento único, segundo o qual vencedores são os que conseguem acumular recursos materiais enquanto fracassados são aqueles que não conseguem romper as travas da injustiça social e encontram na pobreza a sua pena de exclusão social.

Neste contexto, a pobreza é elemento estrutural inerente à globalização hegemônica neoliberal, sendo que esta marca de “fracasso” atinge, de diversas formas, número significativo de seres humanos.

Todavia, formas de globalização não hegemônicas, com caráter emancipatório, pautadas na solidariedade e incapazes de conviver com a pobreza,

[27] HERNÁNDEZ -TRUYOL, Berta Esperanza. Human Rights, Globalization and Culture. In: HERNÁNDEZ -TRUYOL, Berta Esperanza (ed.). *Moral Imperialism. A Critical Anthology*. New York and London: New York University Press, 2002b, pp. 359.

são possíveis. Tais construções igualmente podem ser acompanhadas de concepções de direitos humanos multiculturais e dinâmicas.

Frente à indignação causada pelas promessas não cumpridas da globalização neoliberal, o impulso ético apresenta-se como instrumento, do qual todo ser humano é dotado, capaz fomentar mudanças nas instituições hegemônicas.

Por sua vez, a hermenêutica diatópica permite que as concepções de direitos humanos sejam analisadas a partir de pontos de vista que não aceitem a pobreza e demais violações com parte natural da paisagem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AN-NA'IM, Abdullahi. "A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos", in César Augusto Baldi (org.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp 429-464.

FAO, WFP and IFAD. *The State of Food Insecurity in the World 2015:* Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress. Rome: FAO, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos 2000-2015: Progressos e desafios. Paris: UNESCO, 2015.

GOTT, Gil: "Imperial Humanitarianism: History of an Arrested Dialectic. In: Hernández -Truyol, Berta Esperanza (ed.). *Moral Imperialism. A Critical Anthology.* New York and London: New York University Press, 2002, pp. 19-38.

HERNÁNDEZ -TRUYOL, Berta Esperanza. Human Rights, Globalization and Culture. In: HERNÁNDEZ -TRUYOL, Berta Esperanza (ed.). *Moral Imperialism. A Critical Anthology*. New York and London: New York University Press, 2002b, pp. 353-369.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de Direitos Humanos uma concepção ocidental? In: BALDI, Cesar (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: RENOVAR, 2004, pp. 205-238.

POGGE, Thomas. Severe Poverty as a Human Rights Violation. In: POGGE, Thomas (org.). *Freedom from Poverty as a Human Right: Who owes what to the very poor?* Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 11-53.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita.* Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: RENOVAR, 2004, pp. 239-277.

SEGATO. Rita Laura. Antropologia e Direitos Humanos: Alteridade e Ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana. Estudos de Antropologia Social,* vol. 12/1, abril de 2006. pp. 207-236.

_____. Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial. In BIDASECA, Karina y Vanesa Vazquez Laba (Comp.): *Feminisimos y Poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina*, Buenos Aires: Ed. Godot, 2011.

UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT). *World Cities Report 2016.* Urbanization and Development*:* Emerging Futures. Nairobi: United Nations Human Settlements Programme, 2016.

UNITED NATIONS CHILDREN´S FUND (UNICEF). *Committing to Child Survival:* A Promise Renewed. Progress Report 2015. Nova York: UNICEF, 2015.

UNITED NATIONS CHILDREN´S FUND (UNICEF) and WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Progress on Sanitation and Drinking Water*. 2015 Update and MDG Assessment. Geneva: WHO Press, 2015.º

A Responsabilidade Social das Empresas

Irene Portela
Fábio da Silva Veiga
Rafael Ferreira

Introdução

As primeiras demonstrações de preocupação com a responsabilidade social surgiram em 1899 nos E.U.A. em debates essencialmente centrados nos princípios da caridade e custódia. Em 1920 no contexto da grande depressão surge um princípio cujo âmbito se enquadrava numa melhor utilização do dinheiro das empresas e na sua utilização em ações que beneficiassem a sociedade como um todo, o zelo. [1]Desenvolvida a partir da década de cinquenta do Séc. XX nos conceito de responsabilidade social está intrinsecamente ligada à noção de ética nos negócios e desenvolvimento sustentável, significa isto que foi por aquela altura que se surgiu o conceito de que uma empresa, para cumprir a sua missão não basta que produza bens e serviços, gerando riqueza económica e garantindo aos seus acionistas a rendibilidade dos capitais investidos, incube-lhe igualmente proporcionar condições de empregabilidade e o respeito pelo meio ambiente. [2]

A implementação de condições para adoção de medidas no âmbito da responsabilidade social é hoje entendida como um objetivo partilhado da União Europeia. A materialização deste objetivo teve o seu inicio com a publicação pela Comissão Europeia do Livro Verde "Promover um quadro Europeu para a responsabilidade Social das Empresas". Seguiu-se a criação de um Fórum Europeu das Partes Interessadas na responsabilidade social das empresas com vista à promoção do diálogo entre representantes patronais e sindicais, ONGs e quaisquer outras associações da sociedade civil e ainda várias Direções Gerais de Comércio, Emprego e Assuntos Sociais com vista a uma partilha das praticas e instrumentos de aplicação do conceito de responsabilidade social da empresa, da consideração das especificidades das PME, da necessidade da credibilização das RSE e da comunicação transparente com o público.[3]

[1] Fernández, Valentin., Boga, Óscar. & Silva, Maria (2013). Impacto da responsabilidade social sob a óptica empresarial do norte litoral de Portugal. Contaduría y Administración 59 (3), julio-septiembre 2014: 89-135. pág. 91
[2] Rodrigues J. & Duarte M. (2012). Responsabilidade Social e Ambiental da Empresas. Escolar Editora. Pág7. ISBN:978-972-592-336-8
[3] Ibidem. pág. 9

Dos trabalhos deste fórum resultou um relatório da Comissão Europeia intitulado "Responsabilidade Social das Empresas: Um contributo das empresas para o Desenvolvimento Sustentável".

De acordo com Jorge Rodrigues e Manuela Duarte a Responsabilidade Social pode ser entendida como uma forma de se programarem soluções para os problemas sociais, cultivando um conjunto de valores e construindo uma cultura interna e externa tendo como alicerces a sustentação a ética e a cidadania. Tal patamar de mudança de cultura social não será possível sem que os frutos da aplicação das medidas RSE não coincidam com os objectivos de qualquer empresa: o lucro.

A economia de mercado capitalista assenta os seus pilares no capital, consequentemente quem adquire o maior capital adquire maior poder. Sucedâneo do feudalismo[4], o capitalismo caracteriza-se essencialmente pela existência de propriedade privada e relações laborais assalariadas. Se entre 1917 até 1989 a discussão político-económica mundial centrava-se em torno da mais adequada forma de organização económica, atualmente a discussão consiste em encontrar formas de humanizar uma economia que, embora conseguida, tende a desgastar exponencialmente os seus recursos.

É indubitável a importância que o as empresas jogam no atual contexto económico, pela quantidade de postos de trabalho criam, fluxos de capitais, bens e serviços e lucros, estes elementos fazem delas o motor da economia no capitalismo moderno. Dependendo da importância que uma determinada empresa detém no panorama económico local, nacional ou internacional a sua influencia chega a estender-se a áreas menos vulgares de atuação como a área política por exemplo.

Neste contexto as empresas jogam um importante papel perante o meio e a comunidade que as envolve. A responsabilidade de uma atuação consciente que sobre elas recai é imensa seja na forma como recolhem recursos naturais e a preservam o bom funcionamento da fauna e flora envolvente, seja na forma como atuam perante as populações locais respeitando a sua cultura e o seu modo de vida. A responsabilidade de atuação é igualmente interna, ou seja, pela forma como determinada empresa procede à disposição do lixo que produz ou pelas condições laborais com que presenteia os seus colaboradores se depreende o grau de responsabilidade. Podemos então dizer que a responsabilidade social (doravante RSE) decorre de princípios aferidores da postura ética, social e ambiental das sociedades.[5]

[4] Sistema económico que antecedeu a economia capitalista e assentava em relações servis.

[5] Monteiro, (2005) apud Fernández, Valentin., Boga, Óscar. & Silva, Maria (2013). Impacto da responsabilidade social sob a óptica empresarial do norte litoral de Portugal. Contaduría y Administración 59 (3), julio-septiembre 2014: 89-135. pág. 93

Como já referido, os objetivos da RSE devem coincidir com os da empresa e por isso ela não se esgota nestes critérios, surgem igualmente critérios e desempenhos de cariz financeiro pois existe a expectativa por parte dos investidores de obter resultados a longo prazo decorrentes de politicas socialmente responsáveis.

a) Os *stakeholders*

Os *stakeholders* não são mais que as partes interessadas. Trata-se de pessoas e/ou entidades afetadas pelas atividades de uma determinada empresa envolvidos num processo temporário ou duradouro fundamentais para o sucesso de qualquer empreendimento. Constituem *stakeholders* de uma empresa os seus acionistas, donos, investidores, empregados, fornecedores / subministradores da empresa, sindicatos, associações empresariais ou profissionais, comunidades onde a empresa tem operações: associações de vizinhos, grupos normativos, governos municipais, governos estatais, ONGs, a imprensa e os consumidores.

1. Livro Verde (2001)

Segundo o "Livro Verde" 2001 da União Europeia relativo à responsabilidade social das empresas, a RSE divide-se em duas dimensões: Dimensão Interna e Dimensão Externa

Relativamente à dimensão Interna da Responsabilidade Social das Empresas esta prende-se com questões de investimento no capital humano, na saúde, na segurança e na gestão da mudança enquanto práticas ambientalmente responsáveis, relacionam-se sobretudo com a gestão de recursos naturais explorados e com o processo de produção.

A dimensão externa diz respeito a tudo que ultrapassa a esfera da própria empresa e se estenda a comunidade circundante envolvendo fornecedores, clientes, autoridades públicas e ONGs.

O livro destaca ainda a importância em que haja convergência e transparência tanto das práticas como dos instrumentos da RSE. O documento destaca cinco domínios a verificar estes elementos: Códigos de Conduta, normas de gestão, contabilidade, auditoria e divulgação e relatórios, rótulos e investimento socialmente responsável.

No que respeita aos códigos de conduta devem as empresas adotar as convenções fundamentais da OIT (Organização Internacional do Trabalho) e as orientações da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico) para as multinacionais, incluir mecanismos adequados de avaliação e acompanhamento da sua aplicação e de um sistema de verificação de conformidade, envolver os parceiros

sociais bem como os outros agentes na sua conceção, aplicar acompanhar e divulgar as boas práticas das empresas neste contexto.

Relativamente às normas de gestão o documento faz referência à inclusão de sistemas de gestão da responsabilidade social que poderão permitir à empresa dispor de modelos sobre os efeitos sociais e ambientais ajudando-a a dar resposta aos mais significativos e geri-los com eficácia. Trata-se de incluir estes problemas nas suas operações quotidianas atendendo à complexidade da envolvente transacional e contextual onde as empresas operam nomeadamente na relação com colaboradores, fornecedores, distribuidores e clientes.

No que diz respeito à contabilidade, auditoria e divulgação de relatórios é feita referencia do numero crescente de empresas que tem vindo a adotar hábitos de publicação de informação sobre os respetivos desempenhos em matérias sociais e ambientais, trata-se de uma prática benéfica do ponto de vista da transparência.

Os rótulos devem conter informação útil, rigorosa e acessível. É, sem dúvida, de extrema importância que o acesso a informação permita ao consumidor optar conscientemente acompanhado aquilo que tem sido a sua tendência de escolher produtos e serviços social e ambientalmente responsáveis. Informações como o conteúdo, origem, declarações do produtor e certificações devem estar presentes sempre que possível.

Finalmente no que toca ao investimento socialmente responsável é feita menção da importância do desenvolvimento de índices, critérios e indicadores que indiquem os fatores das vantagens competitivas e do existo das empresas socialmente responsáveis.[6]

2. Organização Internacional de Normalização

A Organização Internacional de Normalização (International Organization for Standardization) é um organismo de cariz mundial cujo objeto é a produção de normas internacionais, as chamadas normas ISO. Estas normas fixam as exigências em matéria de bens, produtos, processos, materiais e sistemas, assim como em termos de boas práticas de avaliação e conformidade, de gestão e de organização. Visando garantir aspetos essenciais como a qualidade, ecologia, a segurança, a economia, a fiabilidade, a compatibilidade, a interoperacionalidade, a eficácia e a eficiência, as normas ISO são aplicadas à escala mundial facilitando o comércio, a partilha de conhecimentos e

[6] Livro Verde, Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas, 18.07.2001 366 Final. Recuperado a 4 de Junho de 2016 de http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20020416/doc05a_pt.pdf

contribuem para a difusão do progresso tecnológico e das boas práticas de gestão. Destas normas destacam-se duas famílias: ISO 9000 relativas a qualidade e ISO 140000 relativas ao ambiente.[7]

2.1. ISO 26000

Em 2010 esta organização lançou a ISO 260000, primeira norma internacional de Responsabilidade Social Empresarial com o objetivo de ajudar empresas de diferentes dimensões, origens e localidades na implantação e desenvolvimento de políticas baseadas na sustentabilidade. A ISO 26000 foi criada com base em sete princípios: Responsabilidade, transparência, comportamento ético, consideração pelas partes interessadas (stakeholders), legalidade, normas internacionais e direitos humanos.[8]

A importância deste instrumento consiste na possibilidade que oferece de estruturação das normas a aplicar em cada empresa para que possa adquirir uma conduta socialmente responsável. È igualmente importante pois efetua a consolidação da RSE enquanto mecanismo internacional numa altura em que, pelo facto de se tratar de um tema relativamente novo, ainda existem algumas resiliências por parte das empresas.

A figura 1 mostra, através de esquema, o funcionamento da ISO 26000.

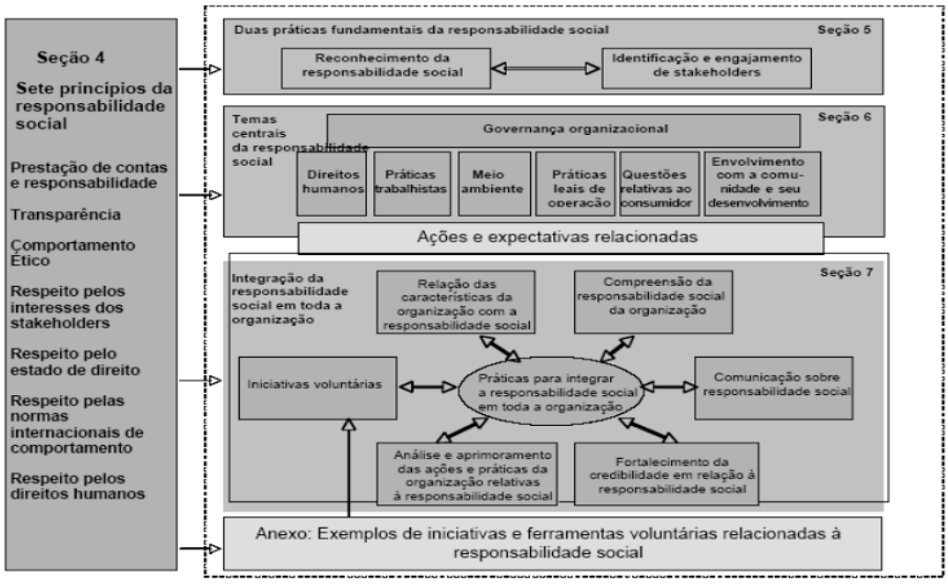

Figura 1- Visão geral esquemática da ISO 26000 Fonte: ISO 26000

[7] Rodrigues J. & Duarte M. (2012). Responsabilidade Social e Ambiental da Empresas. Escolar Editora. Pág76, 77 e 78. ISBN:978-972-592-336-8

[8] EcoD. O que é ISO 26000(sem data). Recuperado de http://www.ecodesenvolvimento.org/iso26000/o-que-e-iso26000 a 15 de Junho de 2016

A ISO 26000 aprovada em 2010 compõe-se por os seguintes capítulos: A compreensão da responsabilidade social, princípios da responsabilidade social, reconhecimento da responsabilidade social e partes interessadas, orientações sobre temas centrais da responsabilidade social, orientações sobre a integração da responsabilidade social em toda a organização, exemplos de iniciativas e ferramentas voluntárias relacionadas à responsabilidade social.

A norma destaca a importância que deve ser dada à compreensão que a empresa deve ter de que as suas ações têm repercussão na sociedade e de que esta sociedade têm uma expectativa quanto ao comportamento da empresa relativamente a essas ações. Do mesmo modo, empresa deve estar ciente das diversas partes interessadas e que as suas ações também terão um impacto sobre estas. “Estes Impactos potenciais e reais são a base dos interesses que fazem as organizações ou indivíduos serem partes interessadas.” Também no que diz respeito ás partes interessadas e à sociedade, a empresa deve estar consciente das suas relações pois as partes interessadas podem ter expectativas diferentes em relação à e empresa e este podem conflituar com os interesses da sociedade. O esquema seguinte constante da norma explicita esta relação.

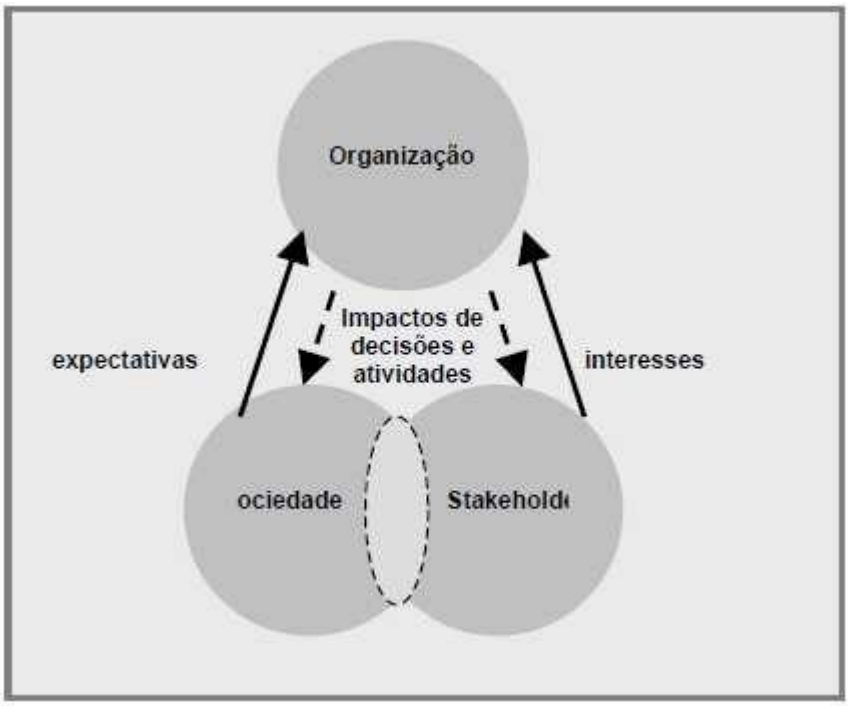

Figura 2 - Relação entre a organização, as suas partes interessadas e a sociedade Fonte: Norma ISO 26000

2.1.1. Esfera de Influência da organização

A aplicabilidade da norma ISO 26000, ou seja, de medidas enquadradas no que definimos como responsabilidade social empresarial está intimamente dependente com um elemento: a ética.

Esta dependência perante este fator explica alguma da dificuldade que as empresas sentem na adoção de medidas RSE pois nem sempre a uma conduta ética é uma conduta lucrativa, pelo menos a curto prazo como veremos adiante.

Uma organização socialmente responsável é aquela que aceita a responsabilidade de lidar com os impactos das suas decisões e atividades por meio de um comportamento transparente e ético integrado em toda a organização e praticado nas suas relações. Esta comportamento ultrapassa a própria organização quando as suas decisões têm a capacidade de influenciar as partes com que esta se relaciona, esta é a sua esfera de influência.

Quanto mais responsável for a influência que exerce sobre outras organizações, mais capacidade terá esta para influenciar. A empresa A ao escolher não estabelecer relações de comércio com a empresa B que no âmbito da sua atividade causa prejuízos ao ambiente por exemplo, a empresa A está a fazer uma escolha que pode não ser a mais proveitosa no imediato, mas contribui para o desencorajamento da empresa B na prática desses atos. Este fator gera uma imagem de seriedade, responsabilidade e sensatez para a empresa A e contribui para a construção da sua reputação. Perante esta situação podemos dizer que a empresa A influenciou positivamente outras empresas a assumirem a mesma postura.[9]

2.1.2. Temas centrais

A norma ISO 26000 aponta temas centrais que a organização deve observar de modo a estabelecer as suas prioridades e o seu escopo de responsabilidade social, são eles:

- ✓ Governação organizacional;
- ✓ Direitos humanos;
- ✓ Práticas trabalhistas;
- ✓ Meio ambiente;
- ✓ Práticas leais de operação;
- ✓ Questões relativas ao consumidor;
- ✓ Envolvimento com a comunidade e o seu desenvolvimento;

[9] Norma ISO 26000. Diretrizes sobre a responsabilidade social. Versão 00 19.10.2009 Secretaria TMB/WG SR. Pág. 27 a 31

3. Governação organizacional

A governação organizacional diz respeito ao sistema pelo qual a organização toma e implementa decisões na busca dos seus objetivos e esta varia consoante o porte, tipo de organização e do contexto ambiental, económico político, cultural e social em que opera. Podem ser dirigidos por proprietários, conselheiros, sócios, acionistas, associados entre outros que tem responsabilidade na busca dos objetivos da organização. Estes constituem o poder decisório da organização e é eles que compete a implementação das medidas RSE através da implementação de práticas e princípios de prestação de contas, transparência, comportamento ético, respeito pelas partes interessadas e respeito pelo estado de direito na tomada e implementação de decisões.

Neste âmbito o documento aprofunda questões como: o dever que as estruturas de tomada de decisões tem de providenciar pela criação de um ambiente em que a responsabilidade social possa ser praticada; de incentivos económicos e não económicos relativos ao desempenho em responsabilidade social; uso de recursos financeiros naturais e humanos de forma eficiente; equilíbrio das necessidades da organização e das partes interessadas tendo em conta tanto as necessidade imediatas como as futuras; estabelecer processos de via dupla com as suas partes interessadas que propiciem a identificação das áreas de concordância e a negociação para a resolução de possíveis conflitos; estimulo da efetiva participação de todos os níveis de trabalhadores no processo decisório da organização referente a questões de responsabilidade social; equilíbrio do nível de autoridade, responsabilidade e capacidade das pessoas que tomam decisões em nome da organização; acompanhamento da implementação de decisões para assegurar que elas sejam seguidas; prestação contas dos resultados das decisões e atividades da organização sejam eles positivos ou negativos e revisão periódica dos processos de governação da organização.

3.1. Direitos humanos

No que diz respeito aos direitos humanos, a organização tem a responsabilidade de respeitar todos os direitos humanos. Tomar medidas positivas para evitar a aceitação passiva ou a violação de direitos e cumprir estes direitos com diligência devida é fundamental neste campo. O conceito da esfera de influência pode ajudar as organizações a perceberem a extensão das suas oportunidades e consequentemente fazer a diferença na área dos direitos dos seus colaboradores, fornecedores, parceiros e toda a comunidade onde a organização está inserida ou detém filiais ou áreas de exploração. Deve igualmente consciencializar a massa humana da importância dos

mesmos, influenciar os seus parceiros comerciais e trabalhar com outras organizações na prossecução deste propósito.

Questões como a diligência devida, situações de risco para os direitos humanos, evitar a cumplicidade, resolução de queixas, discriminação de grupos vulneráveis (mulheres e meninas, pessoas com deficiência, crianças, povos indígenas, trabalhadores migrantes, descriminação com base na descendência ou casta), direitos civis e políticos, direitos económicos sociais e culturais e direitos fundamentais no trabalho (liberdade de associação e negociação coletiva, trabalho forçado, igualdade de oportunidades e não descriminação, trabalho infantil) são igualmente abordadas neste âmbito dada a sua evidente importância.

3.2. Práticas trabalhistas

As práticas trabalhistas incluem a responsabilidade da organização pelo trabalho realizado (mesmo o terceirizado), assim como a relação que esta detém com os seus funcionários e com o local onde estes laboram. Falamos de recrutamento e promoção de trabalhadores, procedimentos disciplinares, transferências e recolocações, rescisão, formação e capacitação, saúde, segurança e higiene industrial, e quaisquer outras políticas que afetem as condições de trabalho e remuneração.

O trabalhador produtivo é um elemento chave do crescimento e desenvolvimento da organização tanto como o trabalho significativo e produtivo é um elemento essencial no desenvolvimento humano. Os padrões de vida melhoram quando existe um emprego pleno e seguro e a sua ausência é, à luz desta norma, uma causa primordial de problemas sociais. Práticas trabalhistas socialmente responsáveis são essenciais para a justiça, estabilidade e paz social. Algumas práticas presentes na ISO 26000 são:

- Não disfarçar relações laborais, ou seja, relações a que a lei se refere como laborais devem-no ser efetivamente.
- Evitar o trabalho ocasional planejando o uso de mão de obra ativa e recorrer ao trabalho temporário apenas quando a natureza do trabalho seja genuinamente sazonal.
- Fornecer informações às diversas formas de organização dos trabalhadores;
- Garantir a igualdade de oportunidades para todos os trabalhadores, sem discriminações de qualquer género;
- Evitar práticas discricionárias;
- Zelar pela privacidade dos colaboradores;
- Servir-se do trabalho subcontratado apenas de organizações reconhecidas para o efeito;

- Não beneficiar de práticas trabalhistas injustas, exploratórias ou abusivas influenciando outras organizações a fazerem o mesmo;
- Quando for exercida atividade a nível internacional contribuir para aumentar o emprego, o desenvolvimento ocupacional, a promoção e o progresso da população originária do país anfitrião.

O documento aborda ainda questões como as condições de trabalho e proteção social, o diálogo social, saúde e segurança, e finalmente desenvolvimento humano.

3.3. Meio ambiente

No que diz respeito ao meio ambiente, destaca-se a identificação de opções para reduzir e eliminar volumes e padrões de consumo e produção insustentáveis e reduzir os padrões de consumo por pessoa até que estes sejam sustentáveis.

A ISO 26000 recomenda a adoção de princípios como a responsabilidade ambiental, a responsabilidade preventiva, a gestão do risco ambiental, o princípio poluidor-pagador. Nas suas atividades deve a organização, conforme for apropriado, empregar estratégias como o foco no ciclo de vida[10], avaliação do impacto ambiental, produção mais limpa e ecoeficiência, abordagem de sistema produto-serviço[11], uso de tecnologias e praticas ambientalmente sólidas, práticas de compras sustentáveis.

O documento aborda ainda questões como prevenção da poluição, uso sustentável de recursos, mitigação e adaptação às mudanças climáticas, proteção e restauração de habitats naturais.

3.4. Práticas leais de operação

As práticas leais de operação não são mais que a adoção pela organização de uma conduta ética nos negócios da organização com outras organizações e indivíduos como órgãos públicos, parceiros, fornecedores, empresas terceirizadas, concorrentes e associações de que são membros.

Estas questões levantam-se em áreas como o combate à corrupção, envolvimento responsável na esfera pública, concorrência leal, comportamento

[10] O foco no ciclo de vida refere-se à redução dos impactos ambientais de produtos e serviços e aumentar o seu desempenho socioeconómico ao longo do seu ciclo de vida, ou seja, desde as matérias primas e geração de energia, passando por produção e uso até ao descarte ou recuperação no fim de vida.

[11] Visa mudar o foco de interações do mercado de venda ou fornecimento de produtos para a venda ou fornecimento de um sistema de produtos e serviços que conjuntamente satisfaçam as necessidades do consumidor. Este sistema aplica o leasing do produto, locação, combinação de produtos e pagamento de serviços. Tal poderá resultar numa redução do uso de materiais, separar a receita dos fluxos de materiais e envolver as partes interessadas na promoção de uma maior responsabilidade ao longo do ciclo de vida do produto e do serviço que o acompanha.

socialmente responsável na relação com outras organizações e respeito pelos direitos de propriedade. No que diz respeito às medidas da RSE no âmbito das praticas leias de operação estas traduzem-se na forma como uma organização usa relações que tem com outras para criar algo positivo.

Estas práticas traduzem-se a nível prático na adoção de medidas anticorrupção, envolvimento político responsável, concorrência leal, promoção da responsabilidade social na esfera de influência e respeito pelo direito de propriedade.

3.5. Questões relativas ao consumidor

Nas questões relativas ao consumidor, existe uma importante responsabilidade por parte das organizações que lhes fornecem produtos e serviços. Neste sentido inserção de medidas RSE neste âmbito traduzir-se-ia em práticas justas de marketing, proteção da saúde e segurança, consumo sustentável, solução de controvérsias e indeminização, proteção de dados e privacidade, acesso a produtos e serviços essenciais, educação, entre outras.

A ISO 26000 destaca alguns princípios orientadores de práticas socialmente responsáveis em relação aos consumidores, nomeadamente: a satisfação de necessidades básicas, segurança, ser informado, escolher, ser ouvido, indeminização, educação para o consumo, ambiente saudável, respeito pelo direito à privacidade, abordagem preventiva, igualdade de géneros e autonomia das mulheres e promoção de design universal.

Neste campo o documento trata ainda questões como o marketing justo, proteção de saúde e segurança, consumo sustentável, suporte ao consumidor, proteção de dados do consumidor, acesso a serviços essenciais, e educação e consciencialização.

3.6. Envolvimento com a comunidade e seu desenvolvimento

Finalmente, é também objeto de estudo o envolvimento comunitário e seu desenvolvimento. É abraçada no documento a ideia de que as organizações devem ter um relacionamento com as comunidades onde operam e que este deve contribuir para o desenvolvimento dessa mesma comunidade.

A contribuição da organização na comunidade ajudará a promover um maior nível de bem-estar, mas o seu desenvolvimento não depende apenas de das organizações, é resultado dos aspetos sociais, políticos, económicos e culturais e depende das características das forças sociais envolvidas. A influência passível de ser exercida pelas organizações consubstancia-se em geração de emprego através da diversificação e expansão das atividades económicas e desenvolvimento tecnológico,

investimentos sociais de geração de riqueza e renda através de iniciativas de desenvolvimento económico, expansão de programas de educação e capacitação, preservação cultural, e prestação de serviços de saúde à comunidade.

O documento aborda ainda questões como o envolvimento da comunidade, educação e cultura, geração de emprego e capacitação, desenvolvimento tecnológico e acesso às tecnologias, geração de riqueza e de renda, saúde e investimento social.

Estes investimentos, tal como muitos dos acima descritos não visam primeiramente a ampliação das principais atividades da organização, mas será que não poderão ser lucrativos? Abordaremos esta importante questão mais adiante, por agora é seguro afirmar que estas atividades melhoram a relação entre qualquer organização e a comunidade ou comunidades onde esta está inserida.[12] Algumas vantagens apontadas pela nora ISO 26000 que advém do cumprimento destes princípios são:

- Estimulo a um processo decisório com decisões fundamentadas numa melhor compreensão das expectativas da sociedade, das oportunidades relacionadas com a responsabilidade social e dos riscos de não ser socialmente responsável;
- Melhoria das práticas de gestão de risco da organização;
- Melhoria da reputação da organização e promoção de uma maior confiança por parte do publico;
- Melhoria da competitividade de organização relativamente à concorrência incluindo no acesso ao financiamento e status de parceiro de escolha;
- Melhoramento da relação com as partes interessadas e da sua capacidade de inovação, por meio da exposição de novas perspetivas;
- Aumento da fidelidade e moral dos colaboradores, aumentando a capacidade de recrutar e preservar profissionais competentes;
- Economia resultante do aumento de produtividade e eficiência no uso dos recursos, redução no consumo de energia e água, redução do desperdício, recuperação de subprodutos valiosos e aumento da disponibilidade de matérias primas;
- Maior equidade nas transações por meio de envolvimento político responsável concorrência leal e ausência de corrupção;
- Prevenção ou redução de possíveis conflitos com consumidores relativos a produtos e serviços;
- Contribuição da viabilidade a longo prazo dos recursos naturais;
- Contribuição para o esforço do bem público e fortalecimento da sociedade civil e das instituições;

[12] Ibidem, pág. 31 a 78

É percetível a dificuldade que a adoção da maior parte destes princípios, medias e estratégias terão no contexto português, especialmente em tempos de abalo económico. Efetivamente, podem as organizações contribuir fortemente para o desenvolvimento da comunidade onde se inserem e para o bem geral, o problema está nos gastos que esta postura implica. O objetivo de qualquer empresa é, por excelência, o lucro e é na prossecução deste que ela direciona todas as suas capacidades e recursos. Esta forma de atuação cria uma exploração excessiva dos seus recursos humanos o que culmina numa generalizada desmoralização dos colaboradores e consequentemente provoca um decréscimo de produtividade. O excessivo desgaste dos quadros de direção e gestão de uma organização proporcionam um aumento de *work related stress*[13] frequentemente associado a casos de depressão e infelicidade que se repercutem na capacidade decisória da empresa. Provoca ainda um desgaste incomportável ao nível dos recursos naturais e populações nativas o que poderá culminar numa insustentabilidade do próprio planeta.

As medidas RSE constituem, cada vez mais, não apenas uma opção, mas uma necessidade quer para o individuo, para a sua comunidade, para a sociedade em geral quer para o ambiente e para o planeta, mas para estas medidas vingarem será necessário que as empresas as vejam como algo de que possam beneficiar elas próprias diretamente. Como será possível implementar tais medidas se estas constituem, aparentemente, um desvio daquilo que é o principal objetivo das organizações? Será necessária uma abordagem estratégica.

4. Responsabilidade Social Estratégica

O impacto financeiro da adoção de medidas com este carácter tal como as formas através das quais a responsabilidade social pode criar benefícios estratégicos para uma empresa foram já alvo de estudo por parte de *Lee Burke* e *Jeanne M. Logsdon.* No seu artigo intitulado "*How corporate responsability pays off*"[14] (*Como a responsabilidade social das empresas pode ser lucrativa*) as autoras, deparadas com argumentos de que a adoção de medidas RSE não abonavam a favor da obtenção de um aumento nos lucros na empresa praticante, pretenderam provar o contrário propondo uma estratégia que a visava provar a rentabilidade das medidas RSE a longo prazo.

[13] Ver a propósito o artigo Cox, Tom and Griffiths, A. (2005) The nature and measurement of work-related stress: theory and practice. In: Wilson, J.R. and Corlett, N. (eds.) Evaluation of Human Work, 3rd Edition. Abingdon, UK: Routledge. ISBN 9780415267571

[14] Burke, L. & J.M. Logsdon, (1996). How Corporate Social Responsability pays off. Long Range Planning 29 (4): 495-502.

Não obstante a dificuldade existente na quantificação das consequências da implementação de medidas RSE e consequente problemática na elaboração de dados estatísticos que provassem a fiabilidade que estas poderiam ter nas contas da empresa, as autoras determinaram cinco dimensões criticas para o sucesso da firma relacionado políticas de RSE – *Estrategic Coprporate Social Responsability.* Esta "RSE estratégica" relaciona politicas, programas e processos RSE com a criação de valor[15] para a firma através de, como referido, cinco elementos: Centralidade, especificidade, proatividade, voluntariedade e visibilidade.

4.1. Centralidade

Diz respeito à medida de proximidade entre as políticas ou programas RSE e os objetivos da empresa. O carácter central presente numa estratégia providencia um feedback à organização pois revela que atos ou decisões são coincidentes com os objetivos da empresa. Espera-se que decisões dotadas deste elemento adquiram prioridade na organização e recolham benefícios que no futuro se traduzirão em lucros. A título de exemplo as autoras referem um caso em que, perante uma infeção causada pelo parasita "*Onchocerciasis*" que provocava cegueira afligindo 18 milhões de pessoas em todo o mundo, a empresa Merck & Company desenvolveu uma cura e anunciou fornece-la gratuitamente a todos os países que precisassem. É inegável que as pessoas que padeciam daquele mal beneficiaram largamente desta contribuição, mas igualmente inegável foi o crescimento da reputação da Merck & Company perante a comunidade médica mundial, as comunidades e os governos de todo o mundo. Além disso, a empresa beneficiou em termos do aumento da moral dos seus colaboradores o que se traduziu igualmente num aumento produtivo.

4.2. Especificidade

Trata-se da capacidade que a empresa tem de capturar e interiorizar os benefícios de um programa no âmbito da RSE em vez de apenas, através destes, criar bens ou iniciativas que podem ser partilhados por outros na industria, comunidade ou sociedade em larga escala. Como exemplo os autores referem casos em que determinada empresa decide recuperar o calor libertado pelas suas chaminés e utiliza-lo novamente reduzindo assim o seu consumo da rede pública. Esta medida constitui um contributo à conservação da energia e reduz gastos com eletricidade à empresa.

[15] Criação de valor: Trata-se da identificável e quantificável vantagem económica que a firma espera receber.

4.3. Proatividade

Reflete o nível de planeamento antecipado face a medidas económicas, tecnológicas, sociais ou políticas que ainda não ocorreram. Trata-se da capacidade que a empresa tem, ou não, de antecipar novas conjunturas antes delas ocorrerem e preparar-se. Em ambientes turbulentos a empresa deve analisar frequentemente as circunstâncias e antecipar mudanças que possam ter efeitos sobre si, pois nesta capacidade pode residir uma oportunidade de mercado ou uma ameaça. Uma empresa que antecipe grandes mudanças estará certamente melhor posicionada para tirar proveito delas ou proteger-se. A título de exemplo as autoras referem adoção de um programa de formação tecnológica dada aos trabalhadores antecipando uma mudança na tecnologia em vigor que requererá mão de obra mais qualificada. Quando a mudança chegar os colaboradores daquela empresa já estarão, em princípio, preparados para lidar com ela.

Do mesmo modo, uma empresa que anteceda mudança legislativas mais restritivas a nível de poluição por exemplo, e proceda antecipadamente à atualização dos seus sistemas ganhará a longo prazo uma vantagem competitiva sobre as restantes empresas no mercado.

4.4. Voluntariedade

Este critério diz respeito à discricionariedade na tomada de decisões da empresa e a ausência de fatores externos que imponham ou reduzam a mesma. Contribuições filantrópicas supostamente voluntárias não excluem a pressão exercida sobre a direção da empresa. A liberdade que determinada empresa possui para criar atividades normais de negócio como alterar um produto ou introduzir um novo, demonstra alta existência de discricionariedade. No âmbito da RSE uma empresa que, por sua iniciativa, implemente nos seus produtos medidas de segurança que excedem as exigidas pelas entidades fiscalizadoras competentes demonstra igualmente alto poder discricionário, e este tipo de atividades revelam-se estrategicamente e socialmente lucrativas. Por outro lado, pressões exercidas, por uma entidade de crédito que financiou a empresa reduzem esta liberdade de acão e consequentemente a discricionariedade.

4.5. Visibilidade

Este critério diz respeito à visibilidade de uma atividade promovida pela empresa e o reconhecimento ganho perante as partes interessadas. Os autores alertam para o carácter dialético que este elemento pode acarretar, ou seja, a elevada visibilidade que determinadas empresas têm pode ser benéfica ou prejudicial dependendo da atividade

em destaque. Exemplos de visibilidade positiva constituem por exemplo menções positivas nos meios de comunicação social, anúncios de lucros feitos pela empresa, aumento do preço das suas ações, e lançamento de novos produtos. Talvez um dos exemplos mais carismáticos neste especto são as apresentações de novos produtos que a empresa multinacional norte-americana *Apple inc.* realiza. Dotadas de alta cobertura mediática e da criação de um clima de *suspense* as apresentações desta empresa contam com a presença de centenas de pessoas presencialmente e de milhões via streaming live na internet no próprio canal da empresa, o que torna estes eventos momentos que não passam despercebidos ao público em geral.

Exemplos em que a visibilidade se repercute negativamente para a empresa são por exemplo investigações governamentais por fraudes, o indiciamento ou sentenciamno de membros pertencentes ao corpo social da empresa, efeitos secundários perigosos para a saúde provocados por medicamentos, envenenamentos e outras formas de terrorismo comercial, despejo impróprio de resíduos tóxicos, desrespeito por populações nativas de locais de exploração, entre outros. Todos estes elementos, especialmente quando acompanhados de forte mediatismo, podem ter um impacto bastante grave no seio de uma empresa fazendo cair o valor de ações, arruinando a sua reputação, desmoralizando a sua mão de obra o que mais cedo ou mais tarde irá se materializar numa queda dos seus lucros.

Os autores dão destaque ainda à importância que a visibilidade pode ter no que respeita aos seus colaboradores. A concessão de planos de saúde, planos de educação e outros "*benefit programmes*" apesar de poderem não ter grande visibilidade a nível externo, a nível interno tem consequências massivas no que toca ao aumento de produtividade, moral e lealdade dos colaboradores atraindo e tornando mais fácil a manutenção de bons profissionais.

Lee Burke e *Jeanne M. Logsdon relevam ainda* um elemento denominado "criação de valor como um resultado estratégico". Trata-se efetivamente do valor quantitativo económico que a empresa espera receber pela aplicação das medidas RSE. Do mesmo modo que um investimento realizado em nova tecnologia, novos produtos ou novas instalações constituem formas ou estão integradas com medidas RSE os autores apresentam no quadro que aqui se reproduz as outras iniciativas que criarão benefícios economicamente demonstráveis.

	Centrality	Specificity	Proactivity	Voluntarism	Visibility	Value created
Philanthropic contributions ($, product, time)	Computer donations to schools by computer mfrs. Engineering research fellowships	Accustom new users to firm's products vs competitors'		Community support		Customer loyalty Future purchasers
Employee benefits (direct or indirect)		Health/wellness Day care Flex-time	New or uncommon benefits Higher employee loyalty	Employee loyalty and morale	Internal: employee loyalty and morale	Productivity gains
Environment management (health, safety, pollution)	New products e.g. 'green' Process innovation esp. re pollution	Patent or innovation edge in product or process development	Learning curve advantages	Positive relations with regulators	Public relations and/or marketing advantage	New products or markets
Political activity (PAC, lobby or information, independent or industry)	Favourable change in economic or social regulations	New business opportunities if pre-positioned to take advantage of new rules	Pre-positioning for changes in regulations			New product or geographic market opportunities
Product or service related characteristics, innovations or processes	Product reformulations e.g. 'green' improved design, e.g. fuel efficiency new products, e.g. airbags	Patent or innovation edge first-to-market brand loyalty	Environmental scanning to create edge in design or product ideas		First-to-market or leadership benefits	New product on new markets Edge in meeting emergency needs

Conclusão

Na ótica de Fernando Ribeiro Mendes, em Portugal já são muitas as empresas que assumem convictamente um papel ativo na defesa de valores essenciais da sociedade tomando iniciativas quer internamente, quer junto das comunidades em que operam, no sentido de poderem contribuir para o desenvolvimento sustentável. Este autor refere a importância do surgimento de associações empresariais especialmente vocacionadas para a RSE como o BCSD Portugal – Conselho Empresarial para o desenvolvimento sustentável, o GRACE – Grupo de Reflexão e Apoio à cidadania Empresarial e a RSE Portugal- Associação Portuguesa para a Responsabilidade Social das Empresas. Refere que todo o movimento associativo empresarial desenvolveu ações neste âmbito e destaca o Fórum de Responsabilidade Social promovido pela AIP - Associação Industrial Portuguesa.

Acompanhando a referida ISO 26000 a SA 800016 já certifica as organizações socialmente responsáveis e programas públicos de apoio às empresas a ao fomento do

[16] "A SA 8000 é uma norma de certificação internacional que incentiva as organizações a desenvolver, manter e aplicar práticas socialmente aceitáveis no local de trabalho. Ela foi criada em 1989 pela Social Accountability International (SAI), afiliada ao Conselho de Prioridades Económicas, e é vista como o padrão independente de locais de trabalho mais reconhecida do mundo. Pode ser aplicada a qualquer empresa, de qualquer tamanho, em todo o mundo.
A certificação SA 8000 aborda questões tais como trabalho escravo e infantil, saúde e segurança do trabalho, liberdade de associação e negociação coletiva, discriminação, práticas disciplinares, jornada de trabalho, remuneração e sistemas de gestão.
Além de definir normas de trabalho em todo o mundo, a SA 8000 também contempla acordos internacionais existentes, incluindo as convenções da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

trabalho condigno incentivam ações e projetos ao nível das empresas, IPSS e ONG designadamente através de parcerias entre elas, o que o autor considera de extrema importância pois muitas das vezes a economia social e o mundo empresarial não se relacionam.[17]

Juan Cerezal considera que a RSE é a contribuição dada pelas empresas para o desenvolvimento sustentável para além do cumprimento das normas legais alegando, no entanto, que estas não substituem a obrigação que os Governos têm de legislar em matéria social e ambiental. Destaca a importância que o diálogo que foi estabelecido em Espanha pelos intervenientes no âmbito do das RSE possibilitou a criação de uma política de fomentos destas medidas. Refere um importante órgão criado para este efeito, o Conselho Estatal de RSE, este órgão tem como propósito servir de fórum de debate permanente entre organizações empresariais, sindicais, outras organizações sociais e a Administração Pública, servindo como órgão consultivo do Governo espanhol em matéria de RSE.[18]

Estas medidas exemplificam o que já foi feito e o que ainda poderá ser feito para gradualmente introduzir a responsabilidade social empresarial. A degradação das condições sociais, organizacionais, ambientais, humanas é hoje uma realidade mundial e carece de uma resposta forte e célere por parte de todos.

Adotar a certificação SA 8000 significa que a organização deve levar em consideração o impacto social das suas operações, além das condições sob as quais seus funcionários, parceiros e fornecedores trabalham. Pode ser aplicada a qualquer empresa, de qualquer tamanho, em todo o mundo. A certificação de conformidade da sua organização baseada na SA 8000 através de uma auditoria da SGS vai ajudá-lo a desenvolver e melhorar a responsabilidade social em todas as operações." Transcrito de http://www.sgs.pt/pt-PT/Finance/Audit-Certification-and-Verification/Social/SA-8000-Certification-Social-Accountability.aspx

[17] Mendes, Fernando. O Mainstreaming da Responsabilidade Social da Empresas. Responsabilidade Social das Organizações, Cadernos Sociedade e Trabalho, n.º 11, 2009. Pág.75 a 81

[18] Cerezal, Juan. A aposta Espanhola para a Responsabilidade Social das Empresas. Responsabilidade Social das Organizações, Cadernos Sociedade e Trabalho, n.º 11, 2009. Pág. 121 a 131

“A Constituição, a Dignidade Humana e a Pobreza em Portugal”

Irene Portela

Soraia Gonçalves

Qual é a origem deste corolário da proteção irredutível da dignidade humana na Constituição da República Portuguesa? Entendida a “dignidade humana” como o centro eruptivo de todos direitos, não é difícil de perceber porque é que o Título II, Capítulo I é o palco da mesma. No entanto, é na concretização dos direitos económicos, sociais e culturais, e ou análogos que Portugal apresenta resultados frágeis. A Lei do Orçamento balança na Dívida Pública cada vez mais elevada.

Mas a pobreza, ou melhor, o respeito pela dignidade humana é uma responsabilidade de todos e é por esta razão que encontramos a sua definição nos principais documentos jurídicos da humanidade livre.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem tornou-se precisamente no padrão através do qual se mede o grau de respeito e cumprimento das normas internacionais de direitos humanos[1].

Desde 1948 que ela tem sido, e continua justamente a ser, a mais importante e ampla de todas as declarações das Nações Unidas e uma fonte de inspiração fundamental para os esforços nacionais e internacionais destinados a promover e a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais. Definiu a orientação para todo o trabalho subsequente no campo dos direitos humanos e proporcionou as bases filosóficas de muitos instrumentos internacionais juridicamente vinculativos que visam proteger os direitos e as liberdades por ela proclamados.

Na Proclamação de Teerão, adoptada pela Conferência Internacional dos Direitos do Homem, reunida no Irão em 1968, reconheceu-se que «a Declaração Universal dos Direitos do Homem exprime uma concepção comum dos povos do mundo acerca dos direitos inalienáveis e invioláveis de todos os membros da família humana e constitui uma obrigação para os membros da comunidade internacional».

[1] http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_2.pdf

A Conferência afirmou a sua confiança nos princípios estabelecidos pela Declaração e exortou todos os povos e governos «ao respeito desses princípios e ao redobrar de esforços no sentido de proporciona- rem a todos os seres humanos uma vida livre e digna que lhes permita alcançar o bem-estar físico, mental, social e espiritual».

Nos últimos anos, por ocasião da preparação de instrumentos internacionais no campo dos direitos humanos, os órgãos das Nações Unidas têm evidenciado uma tendência crescente para se referirem não só à Declaração Universal dos Direitos do Homem, mas também a outros textos da Carta Internacional dos Direitos do Homem.

Os preâmbulos recordam a obrigação que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados de promover os direitos humanos, lembram ao individuo a responsabilidade que sobre ele recai de se empenhar na luta pela promoção e pelo cumprimento desses direi- tos e reconhecem, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e politicas e liberto do terror e da miséria, só poderá ser alcançado quando estiverem criadas as condições que permitam a cada um desfrutar dos seus direitos civis e políticos, bem como dos seus direitos económicos, sociais e culturais.

O Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos permite ao Estado que limite ou suspenda o gozo de alguns direitos em caso de emergência pública oficialmente declarada, que ameace a vida da nação. Essas limitações ou suspensões são apenas permitidas «na estrita medida em que a situação o exigir» e não podem em caso algum dar origem a discriminações baseadas unicamente sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião ou a origem social (artigo 4º)

A aspiração de proteger a dignidade humana de todas as pessoas está no centro do conceito de direitos humanos. Este conceito coloca a pessoa humana no centro da sua preocupação, é baseado num sistema de valores universal e comum dedicado a proteger a vida e fornece o molde para a construção de um sistema de direitos humanos protegido por normas e padrões internacionalmente aceites. Durante o século XX, os direitos humanos evoluíram
como um enquadramento moral, político e jurídico e como linha de orientação para desenvolver um mundo sem medo e sem privações. No século XXI, é mais

imperativo do que nunca tornar os direitos humanos conhecidos e compreendidos e fazê -los prevalecer.

A ideia de "direitos humanos" é o resultado do pensamento filosófico dos tempos modernos, com fundamento na filosofia do racionalismo e do iluminismo, no liberalismo e democracia, e também no socialismo. Ainda que o conceito moderno de direitos humanos tenha emanado sobretudo da Europa, deve ser sublinhado que as noções de liberdade e de justiça social, que são fundamentais para os direitos humanos, são parte de todas as culturas2.

O direito internacional, com os seus códigos e práticas, vocaciona-se funcionalmente no reconhecimento dos direitos humanos. Espera-se que estes direitos garantam a todos os seres humanos proteção contra ameaças infligidas pelos compatriotas ou por estrangeiros. Portanto, o direito internacional estabelece e mantém estruturas institucionais que contribuem com mecanismos para a violação destes direitos.

Os sistemas jurídicos supra-nacionais, nacionais e inter-nacionais conectam/compatibilizam diferentes tipos de direitos humanos. O seu conteúdo, as obrigações e força legal que lhes estão associadas, dependem diretamente dos organismos legislativos, executivos e judiciais que os interpretam e aplicam. Mas, depois da segunda guerra mundial, surgiu a ideia de que também há direitos humanos "morais", quer dizer direitos em que a legalidade é independente destas diferentes instituições governamentais. De facto, a dependência estabelece-se mais no sentido contrário: é na medida em que respeitam estes direitos morais que as instituições podem reivindicar alguma legitimidade, isto é, a capacidade de criar obrigações morais vinculativas e a autoridade moral necessária para fazer respeitar as leis e as normas.

Estes dois tipos de direitos humanos podem coexistir pacificamente. Quem quer que esteja de acordo com a importância dos direitos humanos, no sentido moral, terá, forçosamente, que estabelecer leis que facilitem a sua aplicabilidade e efetivação. É o significado da expressão "direitos humanos reconhecidos internacionalmente".

O preâmbulo da Declaração Universal do Direitos humanos relembra também que esta Declaração proclama direitos humanos morais que existem

[2] [2] http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/pdfs/manual_completo.pdf

independentemente dela. Vale a pena insistir neste ponto, porque a distinção entre direitos humanos legais e morais, raramente é clara e muitas vezes é imperceptível. Muitas vezes, a dimensão dos direitos humanos e a importância que eles revestem para o desenvolvimento de uma nação, para a instrução ou a liberdade de um povo depende da vontade do seu líder, do poder que vigora, porque acreditamos que, muitas vezes, os "direitos humanos" são os que, aqueles que, os governos determinam e querem que sejam. Estes são os direitos humanos vigentes – e isto aos direitos humanos legais.

Mas e o que acontece aos "direitos humanos morais"? Os governos podem ter ideias próprias sobre quais devem estes direitos morais – são, aliás, estas ideias que vêm expressas na Declaração Universal do Direitos humanos e nas outras convenções e tratados sobre direitos humanos.

O reconhecimento dos direitos humanos, em sentido moral, tem uma grande importância, porque facilita um critério independente para avaliar o direito internacional em vigor. O sistema jurídico oferece um critério de avaliação objetiva para determinar se, perante os factos, aquele direito existe e goza de reconhecimento oficial. Mas, tal avaliação, puramente interna, assenta na lei positiva, nas alterações legais. A crítica potencial aos direitos humanos pode ser, aos olhos da lei, prejudicada por alterações ao direito – quer se trate de uma reformulação explícita (revogação legal) ou de uma emenda (legislação "antiterrorista"), de um acórdão que torna a lei concordante com os direitos humanos, ou em Precedentes que modificam a jurisprudência do direito internacional (como o reconhecimento das ocupações preventivas, ou do estatuto dos "inimigos combatentes").

Porque dependem mais da solidez da argumentação do que da boa vontade dos dirigentes, os direitos humanos morais procuram bases mais sólidas para uma análise crítica. Consideramos, por isso os direitos humanos e respetivos deveres de uma maneira bastante rigorosa para ter a certeza de que as premissas morais em que nos baseamos vão ser aceites pela maioria. Não pretendemos esgotar o conteúdo dos direitos humanos – pretendemos apenas estabelecer as condições mínimas para a sua aplicação.

Aqui, concentramo-nos na situação dos direitos dos mais pobres do mundo, porque são os que, nos nossos dias, mais sofrem a violação dos direitos humanos. Os direitos sócio-económicos, como o direito a "um nível de vida

razoável para garantir a saúde, o bem-estar e o das suas famílias, sobretudo, o direito à alimentação, vestuário, casa, cuidados médicos" (DUDH, §25), são, de longe, os mais violados. A sua violação sistemática tem também um peso muito grande no défice mundial dos direitos cívicos e políticos que dependem da implementação da democracia e do Estado de direito. As pessoas mais pobres – muitas vezes física e mentalmente diminuídas por causa da má nutrição, iletradas por falta de escolaridade, sobretudo, perante a impotência de lidar com a as carências e a sobrevivência das suas famílias – não podem causar nem grande dano nem grande benefício àqueles que têm o dever e o poder de os governar. Perante a extrema pobreza – o espectro da fome nos olhos das crianças e a incapacidade dos pais em nutrí-los – tudo se mistura na onda da miséria e das doenças infecto-contagiosas dos "pobres".

Neste artigo, a expressão "pobres" é considerada de forma restrita: aqueles que não têm acesso aos bens mínimos necessários para sobreviver – alimentação e água potável, roupa, casa, cuidados mínimos de saúde e educação. Esta definição restrita de pobreza extrema corresponde aproximadamente a viver com dois dólares por dia, segundo o Banco mundial.

A propósito da formação sobre os Direitos Humanos a todos os níveis, desde a infância até à vida profissional, a UNESCO apresentou, em 1993 em Viena, um plano de ação que dizia respeito, em particular, ao dever de formação por parte dos responsáveis (magistrados, advogados e administradores) para que possam compreender o fenómeno da pobreza, e também uma formação acerca dos programas concebidos para famílias desprotegidas, que lhes permite, ao estabelecer igualdade de oportunidades, ter eles próprios consciência dos seus direitos e dos meios de que dispõem.

É uma nova etapa que se abriu, já que no plano anterior da UNESCO sobre Direitos Humanos, esta dimensão e esta categoria não figuravam. Neste ponto, a publicação do relatório Pobreza e precariedade económica e Social foi muito útil permitindo fazer passar esta nova dimensão para o plano oficial. Por isso, no Conselho da Europa, continuou-se a desenvolver os esforços no sentido de integrar a Carta Social na Convenção europeia, com todos os mecanismos legais.

Evoquemos a discriminação por uma referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de Dezembro de 1948,

O artigo 2º estipula:

> *"Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania".*

No Art.º 7º pode-se ler que;

> *"Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação".*

A União Europeia Também aprovou a Carta dos Direitos Fundamentais da União europeia em 7 de Dezembro de 2000. No artigo 21º, afirma que:

> *"É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual"*.

O objeto destes artigos são claras. Contudo, verificamos demasiadas lacunas na implementação destes direitos Humanos. Enquanto a Declaração fala de direitos "da pessoa", na União europeia, parece que alguns destes direitos estão limitados "*a qualquer cidadão ou cidadã da União ou toda a pessoa física ou moral residente ou com sede num Estado membro*»" Ora, parece-nos fundamental reconhecer que uma pessoa tem direitos, não apenas em função da sua cidadania, mas também da sua natureza como ser humano.

A pobreza é uma violação dos Direitos Humanos. É uma ideia cada vez mais defendida pela Comunidade dos Direitos Humanos. A este respeito, devemos considerar a pobreza como uma forma de discriminação, e a luta contra a pobreza como parte da luta contra a discriminação. Devemos também perceber que não são só os que vivem na pobreza, mas comunidades inteiras, que vivem,

muitas vezes, em bairros urbanos desfavorecidos ou em zonas rurais isoladas. Por discriminação, entendemos: falta de habitação com qualidade e a preço acessível, dificuldade em encontrar emprego decente, serviços de má qualidade - transporte, cuidados de saúde pouco acessíveis ou mesmo inacessíveis - e dificuldades para beneficiar de serviços de utilidade pública, como a eletricidade, água e aquecimento. Devemos, portanto, abordar também a discriminação sofrida pelas comunidades e não apenas a que diz respeito a uma pessoa singular.

É evidente que a pobreza não se limita a algumas categorias de pessoas. Como os fundamentos da nossa sociedade são mais instáveis, há cada vez mais pessoas a correr o risco de cair na pobreza. Contudo, entre as vítimas da pobreza, encontramos muitas pessoas e comunidades que também são discriminadas. Este fenómeno não se limita às comunidades geográficas: comunidades de interesse, como as pessoas que sofrem de deficiência, minorias étnicas e religiosas, também estas são discriminadas. Também é verdade que as mulheres, em particular as que provêm de comunidades pobres, são, proporcionalmente, mais atingidas pela pobreza.

Perante estas realidades e a necessidade de observar a aplicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, várias ONGs no campo social bem como os sindicatos e outros movimentos aplaudiram a intenção da Comissão europeia de reforçar a legislação em matéria de discriminação, como a que foi anunciada em 2008 no "pacote social"[3].

Dentro do espírito das boas práticas internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos a diretiva deveria abranger todas as vítimas de discriminação. Com efeito, a Comissão europeia não pode estabelecer hierarquias entre grupos ou critérios em causa.

É preciso promover a proteção dos critérios identificados no Art.º 21º da Carta dos Direitos Fundamentais da U.E. (sexo, raça ou origem étnica, convicções religiosas ou filosóficas, deficiência, idade ou orientação sexual). Não obstante pensamos que é preciso continuar a estudar de que modo é que um critério como "a origem social" pode ser objeto de defesa recorrendo à legislação anti discriminação.

[3] www.dw.de/ue-quer-ampliar-luta-contra...na-europa/a-3455852. 2 de Julho de 2008. Consultado 4 de Novembro de 2012.

A Constituição da República Portuguesa, no artigo 13º contêm este princípio geral anti-discriminatório ou principio da igualdade, que é ao longo do texto constitucional desdobrado em múltiplos princípios especiais de proibição da desigualdade e ou de proteção da diferença dentro da particularidade ou da especialidade (dos estrangeiros, artigo 15º, por exemplo). Não existe o direito fundamental a não ser pobre na Constituição da República Portuguesa, mas existe um sistema de direitos fundamentais que agregam no seu radical central de proteção a dignidade humana. A proteção da dignidade humana é um corolário suficientemente denso para que todos os outros Direitos, Liberdades e Garantias lhe sejam subsumíveis constitucionalmente.

A pobreza é atentatória da dignidade humana, excepcionando-a, como o terrorismo excepciona a segurança. Num país com baixos salários, com serviços públicos a preços elevados, como os transportes, a educação e a saúde, os cidadãos retraem a procura e acabam por ver na imigração a sua oportunidade. O “desaparecimento/corte” de vários direitos sociais, como alguns subsídios/benefícios/suplementos/ajudas e proteção à infância, à maternidade, à velhice, à deficiência, aos desempregados – ou seja, às categorias das pessoas mais vulneráveis da sociedade – leva a que o fosso entre ricos e pobres seja mais notório: “os pobres” as pessoas vulneráveis. O Estado social que outrora as identificou, lhes deu uma categoria e um estatuto a proteger, tendo criado emprego à volta destas realidades, hoje prefere ignorá-los porque prejudicam o crescimento de Produto Interno Bruto do País. Há mais pessoas inativas em Portugal do que pessoas a trabalhar. A taxa do desemprego, a idade avançada do povo português, a iliteracia tecnológica são fatores de pobreza.

Os diferentes interesses sociais na estrutura societária – O interesse social primário *versus* o interesse social secundário

Rui Miguel Zeferino Ferreira[1]

Resumo: O contrato de sociedade tem por efeito principal a criação de uma estrutura subjetiva, que funciona como centro de imputação do exercício de uma ou mais atividades empresariais. Por um lado, os interesses individuais absorvidos pelo ente coletivo representam o interesse social primário e, por outro, entende-se que o fim da sociedade é complexo, bem como existe um interesse social secundário que deve ser autonomizado. Assim, a esfera social é concretizada pela estrutura societária e não por cada um dos seus sujeitos individualmente considerados, projetando-se diretamente os seus efeitos sobre a sociedade, a quem cumprirá definir os interesses sociais secundários. Assim, vem-se questionar se no interesse secundário estão em causa interesses da sociedade ou interesses dos sócios face à sociedade. Cumpre igualmente questionar se o legislador renunciou à definição do conceito pela sua complexidade ou se simplesmente descurou o conceito. Por isso, importará concluir que os interesses sociais secundários não são interesses dos sócios, mas outros construídos ulteriormente na esfera do ente coletivo. Em suma, existem materialmente interesses diversos entre a sociedade e os sócios, em que o interesse social secundário não exige a regra da consensualidade, não existindo a obrigatoriedade de sintonia entre interesses da sociedade e dos sócios.

[1] Mestre em Direito em Ciências Jurídico-Económicas, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutorando em Direito, pela Universidade de Santiago de Compostela. Investigador na Universidade de Santiago de Compostela. Professor-convidado da aula de "*Direito Orçamentário e finanças públicas na Península Ibérica*", ministrada no dia 15 de julho de 2016, no âmbito do curso intensivo de verão "*El Derecho Ibérico y su Influencia en América Latina*", na Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), de 10 a 16 de julho de 2016; Investigador-Colaborador Estrangeiro no grupo de investigação "*Teoria Jurídica do Mercado*" da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil). Membro do conselho editorial e científico da revista jurídica *Cadernos de Dereito Actual*, da Universidade de Santiago de Compostela. Revisor na revista jurídica FA7, da Faculdade 7 de Setembro (Brasil), da revista jurídica de Direitos Fundamentais e Tributação (Brasil) e da revista de estudios sociales, jurídicos y humanos "*Razón Crítica*", da Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (Colombia). zeferino_ferreira@sapo.pt.

Palavra-chave: interesse social primário; interesse social secundário; estrutura societária.

Abstract: The partnership agreement has the effect of leading to creation of a subjective structure that works as centre of imputation of the exercise of one or more business activities. On the one hand, individual interests absorbed by the collective entity represent the primary social interest and, on the other, it is understood that the purpose of the society is complex, as well as there is a social interest which should be ring-fenced. Thus, the social sphere is implemented by corporate structure and not by each of its individual subjects, projecting directly its effects on society, who will serve to define the social interests. So, comes to question if the secondary interest are concerned the company's interests or interests of members vis-à-vis society. Meets also question whether the lawmaker resigned from the definition of the concept due to its complexity or simply neglected the concept. So, will matter to conclude that the adverse social interests are interests of members, but others built later in the sphere of collective entity. In short, there are materially different interests between the company and the shareholders, in whom the secondary social interest does not require the rule of really sought, without the requirement of harmony between interests of the company and of the shareholders.

Keywords: primary social interest; secondary social interest; corporate structure.

1. INTRODUÇÃO

O contrato de sociedade tem por efeito principal a criação de uma estrutura subjetiva, de natureza associativa, e que tem por objetivo definir e atuar como centro de imputação do exercício de uma ou mais atividades empresariais[2]. Deste modo, com a criação da estrutura societária os interesses individuais convertem-se em interesses e fins coletivos.

[2] Como afirma FILIPE CASSIANO DOS SANTOS «*(…) se o contrato cria uma estrutura autónoma, a determinação desta compete aos órgãos sociais dentro dos parâmetros substanciais e de procedimentos previstos no contrato» - Estrutura associativa e participação societária capitalista – Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalistas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 372.

Por um lado, entende-se que os interesses individuais absorvidos pelo ente coletivo, os quais se encontram sujeitos à regra da consensualidade, representam o interesse social primário e, por outro, entende-se que o fim da sociedade é complexo, cuja determinação far-se-á de acordo com o método contratualmente adotado, bem como existe um interesse social secundário que deve ser autonomizado[3]. Assim, a esfera social é concretizada pela estrutura societária e não por cada um dos seus sujeitos individualmente considerados, projetando-se diretamente os seus efeitos sobre a sociedade, a quem cumprirá definir os interesses sociais secundários.

Neste contexto, o presente artigo afasta-se das conceções normativistas e institucionalistas, bem como substancialistas. No que concerne ao interesse secundário cumpre questionar se estão em causa os interesses da sociedade ou os interesses dos sócios face à sociedade. Igualmente, pretende-se questionar se o legislador renunciou à definição do conceito dada a sua complexidade ou se simplesmente descurou o conceito.

Logo, será de entender existir um conjunto de interesses objetivamente instrumental desse fim complexo, que não carecem de concretização e que fazem parte do quadro da estrutura coletiva, e já não no âmbito dos interesses individuais dos sócios. Por isso, importará concluir que os interesses sociais secundários não são interesses dos sócios, em que os critérios não são os do contrato, mas outros construídos ulteriormente na esfera do ente coletivo.

Em suma, existem materialmente interesses diversos entre a sociedade (ente coletivo) e os seus sócios em que o interesse social secundário não exige a regra da consensualidade como sucede com os interesses primários, pelo que não se exige sintonia de interesses da sociedade com os seus sócios.

2. OS FINS E A ESTRUTURA NO CONTRATO DE SOCIEDADE

No contrato o fim e a própria estrutura apenas estão sujeitos a uma identificação genérica. Ora, em resultado desta indeterminação os contraentes remetem para a

[3] FILIPE CASSIANO DOS SANTOS levanta a questão de saber qual é «(…)*a relação entre aquilo a que se pode chamar interesse social secundário, resultante da concretização da esfera social a partir das definições primárias constantes do contrato, por um lado, e os sócios por outro (…)*» - *Estrutura associativa e participação societária capitalista – Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalistas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 372-373.

própria estrutura social, através do funcionamento dos seus órgãos sociais, e pelas suas formas próprias de atuação, a definição da gestão da atividade da sociedade, bem como a sua concreta configuração, recorrendo ao princípio da maioria.

O princípio da maioria resulta do próprio contrato, nem que seja implicitamente, porque os contraentes o aceitam como meio de determinação daquilo que não regularam expressamente, isto é, as omissões e as lacunas do contrato de sociedade no que respeita à organização e funcionamento da esfera social do ente coletivo. É, pois, este o princípio fundamental que deve ser utilizado como regra no funcionamento da estrutura associativa, mas cuja vigência tem por fundamento, dada a correlação existente, o próprio contrato de sociedade.

Em consequência do funcionamento de tal princípio, a configuração do ente coletivo, designadamente das sociedades comerciais, bem como, em geral, a determinação da atividade social, faz-se primeiramente no quadro do funcionamento da esfera social, tendo em conta o estipulado no próprio contrato de sociedade e o conjunto de normas legais existentes no ordenamento jurídico. Em síntese, ainda que tendo obrigatoriamente de respeitar a configuração genérica do contrato de sociedade, é competência e função fundamental dos órgãos dos entes coletivos a configuração e a determinação da atividade social.

A criação da estrutura coletiva e a imputação a esta de um círculo de interesses, ainda que de uma forma relativamente difusa, é a chave para compreender as relações anteriores entre o sócio e o ente coletivo. Com a estrutura os interesses ou os fins individuais dos contraentes do contrato de sociedade convertem-se em interesses ou fins coletivos, passando a ser mediatizados pela estrutura. Um caso paradigmático é o fim lucrativo das sociedades comerciais, que é transposto para a esfera coletiva, passando a depender na sua concretização da atuação da estrutura coletiva, apesar dos referidos lucros corresponderem a direitos individuais dos sócios.

3. A ESTRUTURA COLETIVA E A ESFERA SOCIAL

A criação da estrutura coletiva implica a definição de uma esfera social, sendo que todos os interesses individuais por ela absorvidos dependem da existência de prévio consenso entre os vários contraentes do contrato de sociedade. Consequentemente, no plano da estrutura coletiva são harmonizados os fins e os

interesses que até aí eram potencialmente conflituantes. Neste plano está em causa o interesse social primário, isto é, o direito dos indivíduos serem considerados sócios e o direito ao exercício em comum de uma atividade económica. Estes direitos dependem do funcionamento interno do ente coletivo, o qual assenta no princípio da maioria, com exclusão dos interesses que permanecem na esfera individual dos sócios e que não lhes podem ser coartados.

Em suma, o contrato de sociedade cria uma estrutura coletiva nova, por via da qual se dá a harmonização, em termos genéricos, dos interesses e dos fins da atividade a desenvolver, o que leva a que se esteja perante algo semelhante a um contrato-quadro, em que se definem os principais eixos de atuação, os interesses comuns dos participantes e a própria estrutura societária. Estes elementos ficam sujeitos ao princípio da maioria, no qual o interesse coletivo (associativo) é encontrado. Nomeadamente, será segundo esse princípio basilar que será definida a esfera social secundária, que muitas vezes se encontra indeterminada no contrato de sociedade.

4. O INTERESSE SOCIAL PRIMÁRIO VERSUS INTERESSE SOCIAL SECUNDÁRIO

Importa levar em consideração a existência de ambiguidade na expressão "interesse social", o que resulta da utilização da palavra "social", pois com afirma FILIPE CASSIANO DOS SANTOS «*à letra, tanto pode tratar-se de um interesse que é social por pertencer à sociedade, como pode também dizer-se que um interesse é social por ser relativo à sociedade*»[4]. Neste âmbito deve-se optar pelo primeiro sentido, segundo o qual um interesse é social por pertencer à sociedade, pois social é o interesse que os sócios colocaram na esfera jurídica da sociedade.

Na verdade, o legislador português não teve a pretensão de tentar definir o que seja o "interesse social", embora faça algumas referências no Código das Sociedades Comerciais. Tal sucedeu porque o legislador utiliza essa expressão com uma intenção meramente instrumental, pelo que se trata apenas de dar concretização à esfera social, ou seja, do interesse social primário definido no contrato social.

[4] SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Estrutura associativa e participação societária capitalista – Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalistas,* Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 373.

O interesse social primário pretende criar uma estrutura para a atuação dessa esfera (esfera social), pois o contrário seria incompatível com a realização do fim complexo de se encontrar uma solução unânime. Na realidade, qualquer sócio poderia obstar à atuação da esfera social, enquanto conjunto de interesses postos em comum. Neste sentido, nada obsta à concretização das omissões ou das lacunas do contrato de sociedade, as quais são na maioria das vezes propositadamente deixados em aberto, pelo que não haverá aqui qualquer confronto com as regras contratuais comuns. Por isso, este princípio constitui uma regra de funcionamento e não uma exceção ao princípio da consensualidade do Direito Civil.

Por outro lado, a esfera social é delimitada com o estabelecido pelos contraentes no contrato de sociedade, bem como pelas regras imperativas vigentes no ordenamento jurídico. Da articulação entre disposições contratuais e imperativas, resulta que as primeiras são a expressão dos interesses dos sócios na esfera social, mas enquanto limites à atuação dos sócios na esfera social estão igualmente sujeitas a limitações provenientes do ordenamento jurídico.[5]

Consequentemente, a determinação do fim complexo do ente coletivo faz-se de acordo com o método contratualmente estabelecido, com as limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Como a sua definição se encontra limitada pelo contrato de sociedade, a referida estrutura coletiva pode ser designada por interesse social secundário (esfera social secundária), que por ter base contratual anterior permite a distinção das sociedades face a outros grupos sociais. O interesse secundário tem ainda de se ter em consideração o interesse comum gerado diretamente pelos próprios sujeitos.

A esfera social é assim concretizada pela organização e não por cada um dos seus sujeitos individualizados, projetando-se os efeitos diretamente sobre a organização. Logo, compete aos órgãos do ente coletivo a definição dos interesses sociais secundários, bem como cumprir os interesses sociais primários, os quais

[5] Neste sentido, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS refere que «*a formação de uma esfera de interesses da sociedade implica uma esfera de interesses objectiva instrumental desse "fim complexo", que não carece de concretização, ainda que a possa comportar. E na medida em que a determinação e a imputação de todos os interesses se faz no quadro da estrutura colectiva, eles não são, no plano jurídico, interesses dos sócios (…), mas sim interesses da sociedade.*» - *Estrutura associativa e participação societária capitalista – Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalistas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 374-375.

derivam diretamente do contrato[6]. Assim sendo, a sociedade e os seus órgãos sociais cumprem a função executiva do contrato, mas já não podem interferir na atuação individual de cada sócio. Porém, o poder conferido à estrutura associativa não se limita à esfera social secundária, mas pode em determinados casos por maioria qualificada alterar a esfera social primária. Efetivamente, o ordenamento jurídico português prevê várias hipóteses em que tal possa suceder. Por deliberação tomada em assembleia geral, os sócios podem modificar o contrato de sociedade, como sucede nas situações previstas nos artigos 85.º, 265.º, 383.º n.º 2 e 386.º n.º 3 do Código das Sociedades Comerciais[7].

Há aqui desde logo uma diferença, uma vez que a alteração é diferente da criação de uma esfera primária, por ser aquela efetuada pela própria entidade coletiva, sujeita à regra/princípio da maioria e não da consensualidade, como sucede no âmbito do contrato de sociedade. Daqui decorre a necessidade de proceder a diferenciações quanto à licitude das atuações e estipulações sociais, que não podem no entanto atingir as esferas e interesses individuais dos sócios. Isto é, não deve tocar nas esferas extrassocial e individual dos sócios, exceto no caso de decisões ou deliberações não definitivas, bem como naquelas que sejam tomadas por unanimidade dos sócios. No entanto, deve ainda ter-se em atenção a posição dos futuros sócios, a qual não pode ser prejudicada, por exemplo por questões de

---

[6] Como salienta FILIPE CASSIANO DOS SANTOS «*O interesse social secundário, tomado como interesse daquela sociedade, enquanto sujeito que intervém na actividade económica, tem portanto como ponto de partida e referente o contrato, do qual resultam os quadros em que ele há-se ser definido.*» - *Estrutura associativa e participação societária capitalista – Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalistas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 379.

[7] O artigo 85.º n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, estipula que a possibilidade de alteração do contrato social «(…) *quer por modificação ou supressão de alguma das suas cláusulas quer por introdução de nova cláusula, só pode ser deliberada pelos sócios* (…)». O artigo 265.º n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais refere que «*as deliberações de alteração do contrato só podem ser tomadas por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social ou por número ainda mais elevado de votos exigido pelo contrato de sociedade*». O artigo 383.º n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais prevê que «*para que a assembleia geral possa deliberar, em primeira convocação, sobre a alteração do contrato de sociedade, fusão, cisão, transformação, dissolução da sociedade ou outros assuntos para os quais a lei exija maioria qualificada, sem a especificar, devem estar presentes ou representados accionistas que detenham, pelo menos, acções correspondentes a um terço do capital social*». O artigo 386.º n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais, estabelece que «*a deliberação sobre algum dos assuntos referidos no n.º 2 do artigo 383.º [designação dos titulares de órgãos sociais ou de revisores ou sociedades de revisores oficiais de contas] deve ser aprovada por dois terços dos votos emitidos, quer a assembleia reúna em primeira quer em segunda convocação*». – CORDEIRO, António Menezes (coord.). "Código das Sociedades Comerciais Anotado", in: *Códigos Comentados da Clássica de Lisboa*, Almedina, 2.ª ed. (revista e atualizada), Coimbra, 2012.

concorrência, o que implica concluir que não podem ser efetuadas todas as alterações por maioria, em virtude dos interesses em jogo.

Este posicionamento afasta as teses normativista e institucionalista. Na realidade, até à segunda metade do século XIX, as decisões ou deliberações tinham de ser tomadas por consenso, no sentido de preservar a eficácia da organização societária, mas o posicionamento atual é distinto, como resultado da necessidade de permitir a rápida adaptação das sociedades às circunstâncias mutáveis em que a sociedade se move.

Em suma, é distinta a natureza da alteração do contrato, pois estão em causa sujeitos distintos, e face à natureza contratual da sociedade também não se colocam problemas no sentido que a mesma tenha de ficar limitada aos seus termos iniciais, pois, em si, a sociedade não poderá ser um contrato, derivado à questão da imutabilidade dos contratos. Logo, deve-se entender que a sociedade não pode ser um contrato, terá de ser sempre uma situação *suí generis*, segundo a qual as regras que a regem é que serão de natureza contratual. Por isso, as alterações serão consideradas não contratuais. Para lá deste facto, e como já se referiu, não deve ser possível alterar todo o contrato, mas apenas aquilo que os contraentes permitiram deixar na esfera social secundária, sendo que aqui funciona a regra da maioria e não a consensualidade.

5. O INTERESSE SOCIAL SECUNDÁRIO

No âmbito já referido, mas apreciando agora mais concretamente o interesse social secundário, o próprio termo "*interesse social secundário*" é ambíguo e controverso, no sentido de se saber se estão em causa os interesses da sociedade ou os interesses dos sócios face à sociedade, mas deve por tudo o que se referiu fazer prevalecer a primeiro sentido apontado. Este interesse social também não se encontra definido na nossa lei, apesar das várias referências existentes no Código das Sociedades Comerciais. Apesar disso, o ordenamento jurídico não dá critérios seguros para o seu apuramento, tratando-se, pois, no essencial de uma noção doutrinal. Aqui coloca-se a questão de saber se o legislador renunciou a definir o conceito, dada a sua complexidade, o que não parece ser a opção a seguir-se, ou se pelo contrário descurou o conceito, sem ter a preocupação com a construção do seu

conteúdo, por se tratar de uma noção operativa, essencialmente formal e sem conteúdo.

O interesse primário como já se referiu é definido no contrato de sociedade, mas nem todos os interesses decorrem diretamente do contrato, ou seja, há um conjunto de interesses objetivamente instrumental desse fim complexo, que não carecem de concretização no contrato, ainda que os possam comportar. Estes interesses são definidos e concretizados no quadro da estrutura coletiva e não no âmbito dos interesses individuais dos sócios, pelo que corresponderão a interesses próprios da estrutura coletiva. Em síntese, deve-se concluir que os interesses sociais secundários não são interesses dos sócios.

Em último caso, haverá que recorrer ao contrato de sociedade para descortinar o conteúdo do interesse social secundário, mas há que afastar desde logo as conceções substancialistas[8]. No entanto, o processo de apuramento e concretização do interesse social secundário deve passar preferencialmente por critérios ulteriores e não por outros que com alguma ficção possam ser extraídos do contrato de sociedade.

Deve-se assim concluir que, o interesse social secundário tem um fim complexo, o qual tem a natureza de uma delimitação essencialmente formal e negativa, de patente indeterminação, destinada a delimitar e enquadrar a atuação dos órgãos sociais na determinação ulterior de novos interesses, com respeito pelos limites contratuais. Ora, este entendimento encontra fundamento na redação do artigo 58.º n.º 1, alínea b), do Código das Sociedades Comerciais, que estabelece o seguinte:

> «*São anuláveis as deliberações que:* (…) *Sejam apropriadas para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir, através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou simplesmente de prejudicar aquela ou estes, a menos que se prove*

[8] ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO refere que «*A maioria da doutrina portuguesa tem vindo a repudiar a perspetiva institucionalista para delimitar o conceito de interesse social (…)* - CORDEIRO, António Menezes (coord.). "Código das Sociedades Comerciais Anotado", in: *Códigos Comentados da Clássica de Lisboa*, Almedina, 2.ª ed. (revista e atualizada), Coimbra, 2012, p. 1187.

> *que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos;*»

Portanto, todos aqueles objetivos que não descaracterizam o fim ou fins estabelecidos no contrato, que como se sabe, tratar-se-á de vinculações genéricas, implicam que estejamos perante a determinação sucessiva de interesses. Consequentemente, estamos perante opções tomadas pelos órgãos do ente coletivo, dentro das delimitações referenciadas, sendo por tal uma noção formal e de procedimento, cujo conteúdo é delimitado *a posteriori* por deliberação da estrutura societária, com base no princípio da maioria. Esse conteúdo do interesse social decorre da vontade social inscrita no contrato de sociedade, afastando-se das ideias contratualistas e institucionalistas.

O que existe na realidade são interesses materialmente diversos, entre a sociedade e os sócios, em que os mesmos não têm de ser da vontade de todos, como terá necessariamente de acontecer com os interesses primários, expressos por consenso no contrato que cria a estrutura societária. Ou seja, existem situações em que o interesse social, que por regra será comum aos sócios e à sociedade, entra numa relação de tensão ou mesmo de conflito com direitos ou interesses dos sócios.

Neste sentido, basta observar o conteúdo dos artigos 328 n.º 2, alínea c) e 460.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais. A primeira dessas disposições legais estabelece dentro da questão das limitações à transmissão de ações que «*O contrato de sociedade pode: (…) Subordinar a transmissão de acções nominativas e a constituição de penhor ou usufruto sobre elas à existência de determinados requisitos, subjetivos ou objetivos, que estejam de acordo com o interesse social»*[9].

Efetivamente, nesta questão das limitações à transmissão de ações, segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO «(…) *a atenuação ou a extinção de restrição transmissiva se basta com a alteração estatutária, dispensando de cada acionista visado* (…)»[10]. Pelo que o interesse social poderá implicar uma situação de conflito entre o sócio e a sociedade, pois não se aplica o princípio da consensualidade, mas

[9] CORDEIRO, António Menezes (coord.). "Código das Sociedades Comerciais Anotado", in: *Códigos Comentados da Clássica de Lisboa*, Almedina, 2.ª ed. (revista e atualizada), Coimbra, 2012, p. 901-905.
[10] CORDEIRO, António Menezes (coord.). "Código das Sociedades Comerciais Anotado", in: *Códigos Comentados da Clássica de Lisboa*, Almedina, 2.ª ed. (revista e atualizada), Coimbra, 2012, p. 905.

tão-somente o princípio da maioria. Esta é assim uma situação onde é patente que o interesse entre ambos não será comum, uma vez que se admite a atenuação ou a extinção de restrições transmissivas, as quais poderão não ser do acordo de todos os sócios do ente coletivo.

A segunda norma, relativa à limitação ou supressão do direito de preferência, dispõe que «*A assembleia geral que deliberar o aumento de capital pode, pear esse aumento, limitar ou suprimir o direito de preferência dos accionistas, desde que o interesse social o justifique*»[11]. Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO[12] o legislador português introduziu nesta matéria um requisito material respeitante à necessidade de existência de um interesse social que justifique as restrições e a correspondente diminuição dos direitos dos sócios.

O facto do interesse social constante desta norma legal autorizar e, por isso, estar excluída a utilização do conceito de "obrigação" é um dos argumentos que têm sido utilizados para afastar as conceções institucionalistas[13] [14]. O legislador entre o interesse conflituante dos sócios e da sociedade optou, nesta questão, pela introdução da necessidade de existência de um nexo de proporcionalidade e de adequação entre a limitação dos direitos dos sócios face ao interesse social (da sociedade)[15]. Estes

---

[11] CORDEIRO, António Menezes (coord.). "Código das Sociedades Comerciais Anotado", in: *Códigos Comentados da Clássica de Lisboa*, Almedina, 2.ª ed. (revista e atualizada), Coimbra, 2012, p. 1185-1188.

[12] ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO defende que «*a supressão ou limitação do direito em apreço nunca é um fim em si mesmo, mas sempre um "meio instrumental para o aumento de capital não ter destinatário forçada e, reflexamente, poder ser subscrito por entidades diferentes dos titulares daquele direito"*» - CORDEIRO, António Menezes (coord.). "Código das Sociedades Comerciais Anotado", in: *Códigos Comentados da Clássica de Lisboa*, Almedina, 2.ª ed. (revista e atualizada), Coimbra, 2012, p. 1187 e VENTURA, Raúl. Alterações do Contrato de Sociedade, Coimbra: Almedina, 2.ª ed., 2003, p. 217.

[13] Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO afirma que «*A unanimidade dissipa-se, no entanto, quando é abordada a intensidade a exigir à relação de instrumentalidade entre o interesse social e a supressão ou limitação do direito de preferência. A este propósito cumpre sublinhar, no entanto, que não parece haver sustentação no regime legal para exigir uma relação de absoluta necessidade, que apenas se verificaria quando a supressão ou a limitação fosse o único meio para atingir os interesses colectivos dos sócios*» - CORDEIRO, António Menezes (coord.). "Código das Sociedades Comerciais Anotado", in: *Códigos Comentados da Clássica de Lisboa*, Almedina, 2.ª ed. (revista e atualizada), Coimbra, 2012, p. 1187.

[14] Em defesa da absoluta necessidade pronuncia-se favoravelmente Pedro de Albuquerque, "Direito de preferência dos sócios em aumentos de capital nas sociedades anónimas e por quotas*"*, in: *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2004, p. 342-349.

[15] Neste sentido veja-se MARIA AUGUSTA FRANÇA, in *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 154; MARIA JOÃO PESTANA DE VASCONCELOS, "Do direito de preferência dos Sócios em aumento de capital nas sociedades anónimas e por quotas*"*, in: AAVV, Nos 20 anos do CSC, Vol. III, Coimbra Editora, 2007, p. 538-547.

princípios devem ser utilizados como critério geral nas demais situações do género, devendo o interesse social funcionar como requisito material da deliberação que limita ou suprima um direito do sócio. Esta circunstância demostra só por si a existência potencial de interesses distintos entre a sociedade e os sócios.

A questão resulta naquelas situações em que o interesse social, que poderá ser entendendo como um interesse comum dos sócios ou como interesse da sociedade, entre em conflito com os interesses dos sócios. Nestas situações, o interesse social (da sociedade) prevalece sobre o interesse individual do sócio, ainda que se deva dar cumprimento aos princípios da proporcionalidade e da adequação. Segundo esses princípios, os sócios encontram-se obrigados a prosseguir os interesses da sociedade tê de ter em consideração os direitos e faculdades dos sócios minoritários.

Como afirma FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, esta ponderação de valores:

> «*assenta num quadro inicial de prevalência da sociedade face ao sócio, em que aquela apenas é limitada por deveres de comportamento, esta perspectiva corresponde efectivamente a uma legitimação adicional do sacrifício, sem fronteiras demarcadas, dos interesses dos sócios, todos postos potencialmente à disposição da sociedade, desde que o sacrifício responda aos critérios enunciados*»[16].

Daqui decorre a possibilidade da existência de deliberações que estando em consonância com os objetivos e fins da entidade coletiva lesão os interesses ou direitos dos sócios. Portanto, não existe uma absoluta comunhão de interesses entre a sociedade e os sócios, o que decorre da existência de interesses potencialmente distintos, que nalguns casos poderão entrar em conflito ou tensão.

Por exemplo, se a sociedade decidir reter os lucros, isso impede naturalmente o sócio de os receber, gerando a existência de distintos interesses entre os sócios e a sociedade, tal como sucede na questão de a sociedade excluir os sócios da participação num aumento de capital social, obviando ao seu direito de participação.

[16] SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Estrutura associativa e participação societária capitalista – Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalistas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 513.

Efetivamente, a realização de um poder ou direito, designadamente o interesse social secundário, implica a não realização de um direito ou faculdade dos sócios. O enfoque deve ser o interesse social, embora sem desconsiderar os princípios enunciados, pois tratar-se-á de restrições que não são absolutas, uma vez que não invalidam a obtenção de conciliação no plano quantitativo.

6. CONCLUSÃO

Do que fica dito resulta que a esfera social (da sociedade) e a esfera individual (dos sócios) podem em algumas situações entrar em conflito, devido à existência de distintos interesses. Porém, como afirma FILIPE CASSIANO DOS SANTOS não existe uma absoluta separação da esfera social e da esfera individual, ao apontar a existência de uma «*zona cinzenta em que, em homenagem aos interesses da sociedade, não há essa separação*»[17]. Contudo, a esfera individual relativa e a esfera social especial aproximam-se quando a sociedade faz entrar a posição jurídica do sócio na esfera social.

Em síntese, fica demonstrada a possibilidade de existência em abstrato de conflitos entre o poder que os sócios conferiram à sociedade para que esta concretize a esfera social, determinando os interesses sociais secundários, com a posição subjetiva dos sócios. Assim sendo, existem duas distintas pretensões. Ou, por outras palavras, existem direitos ou faculdades contrapostos face ao interesse social e interesse individual do sócio. Efetivamente, os objetivos dos sócios são transferidos da esfera individual para a esfera social, dando origem a potenciais conflitos com a concretização ou determinação dos interesses sociais secundários pelos órgãos do ente coletivo.

Os interesses e pretensões do ente coletivo, mormente das sociedades, é hierarquicamente superior aos dos sócios, pois como decorre do Código das Sociedades Comerciais é possível realizar os seus fins e interesses com sacrifício dos direitos dos sócios. Ainda assim, deve aplicar-se os princípios da proporcionalidade e da adequação em face dos interesses sociais e individuais em confronto. Ou seja,

[17] SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Estrutura associativa e participação societária capitalista – Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalistas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 515. Segundo este autor significa «*que é possível identificar uma zona especial de interesses entre a esfera social e a pura esfera individual, composta por um conjunto de posições jurídicas constituídas a favor do sócio mas que não são definitivamente autónomas relativamente à esfera social, e ainda, equiparadas em parte a essas, posições cuja formação é o resultado do exercício dos poderes conferidos pelos sócios à sociedade, em obediência às regras substanciais e de procedimento que lhe são impostas*».

como refere FILIPE CASSIANO DOS SANTOS «*o interesse conflituante do sócio deve ceder na medida em que tal é necessário e adequado ou proporcional à (necessidade de) realização do interesse da sociedade*»[18].

Neste sentido, não será a concretização do interesse social secundário que poderá ser sindicado, nomeadamente pelas instâncias judiciais, mas apenas a deliberação que coarta de alguma forma direitos ou faculdades dos sócios, enquanto lesão dos direitos sociais e não controlo sobre o interesse social secundário, utilizando-se para o efeito o critério da adequação e da proporcionalidade para a restrição dos direitos sociais dos sócios.

Em suma, os interesses sociais secundários, enquanto interesses autonomizáveis face ao interesse social primário, não são interesses dos sócios, mas outros construídos ulteriormente na esfera do ente coletivo, razão pela qual existem materialmente interesses diversos entre a sociedade e os sócios, em que o interesse social secundário não exige a regra da consensualidade, pelo que não existe a obrigatoriedade de sintonia entre interesses da sociedade e dos sócios.

REFERÊNCIAS:

ABREU, Jorge M. Coutinho de Abreu (Coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Coimbra: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Vol. VI, 2013.

ALBUQUERQUE, Pedro de. "Direito de preferência dos sócios em aumentos de capital nas sociedades anónimas e por quotas", in: *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2004.

CORDEIRO, António Menezes (Coord.). "Código das Sociedades Comerciais Anotado", in: *Códigos Comentados da Clássica de Lisboa*, Almedina, 2.ª ed. (revista e atualizada), Coimbra, 2012.

FRANÇA, Maria Augusta. *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Estrutura associativa e participação societária capitalista – Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalistas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

[18] SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Estrutura associativa e participação societária capitalista – Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalistas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 523.

VASCONCELOS, Maria João Pestana de. "Do direito de preferência dos Sócios em aumento de capital nas sociedades anónimas e por quotas", In: *AAVV, Nos 20 anos do CSC*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007.

VENTURA, Raúl, *Alterações do Contrato de Sociedade – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2.ª ed., 2003.

La justicia constitucional kelseniana y la politización de los jueces constitucionales*

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño[1]

Resumen: La justicia constitucional kelseniana nace como forma de replicar, en el derecho constitucional europeo continental, la experiencia de control jurídico del poder político a cargo del juez, propia del *Common Law*, cuyo ejemplo paradigmático es el constitucionalismo norteamericano. Sin embargo, la carencia de un norte liberal en el diseño kelseniano y la eventual politización de los miembros de los tribunales constitucionales son circunstancias que hacen necesarias algunas prevenciones sobre el diseño del sistema, en beneficio del resguardo de la libertad y derechos de las personas.

Palabras clave: Tribunales Constitucionales; Política; Derecho; activismo judicial

1. El juez como la "rama [de gobierno] menos peligrosa"

En los más conocidos escritos clásicos relativos al sistema constitucional norteamericano, tanto de los propios padres fundadores, como de aquellos que lo analizaron por primera vez, el departamento judicial siempre aparecía descrito como "la rama menos peligrosa" del entramado constitucional. No porque el juez no tuviera ni poder ni prestigio en los ordenamientos de *Common Law*, sino más bien porque, idealmente, su labor habría de limitarse a controlar la actuación de las demás ramas de gobierno, mediante la aplicación del derecho. Su actuación habría de ser una garantía de imparcialidad en la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos. La mayoría de las más conocidas reflexiones al respecto son realizadas, en el Federalista, por HAMILTON. Es así como, en primer término, señala este pensador que

> "[l]a independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que

---

[1] Trabajo presentado en el marco de la tesis desarrollada por el autor bajo la dirección del profesor Antonio Carlos PEREIRA MENAUT para obtener el grado de doctor por la Universidad de Santiago de Compostela, España.

**Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de derechos humanos en la Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Correo electrónico: rodrigopoyanco@gmail.com

> contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes *ex post facto* y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta"[2].

Por el contrario, lejos estaba de la mente de los constitucionalistas norteamericanos la idea de lo que hoy denominaríamos como un tribunal "activista". Así por ejemplo, al explicar los alcances de las facultades del Poder Judicial, HAMILTON parece estar pensando en un juez "contenido", cuyo poder institucional es, por su propia naturaleza, relativamente escaso. Recordemos que este autor señala al "departamento judicial" como el "menos peligroso" para los derechos políticos de la Constitución, porque no cuenta ni con las armas ni con el presupuesto: "[p]uede decirse con verdad que no posee FUERZA ni VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos..."[3].

Esta línea de análisis se mantiene, posteriormente en TOCQUEVILLE quien, con su perspicacia habitual, advierte que el "enorme" poder político de los jueces norteamericanos puede ser compensado con una prudente actitud del propio juez en el ejercicio de sus poderes –ajena, en particular, a toda animosidad política—, y por la propia naturaleza de la actividad judicial, que ejercerá sus competencias "caso a caso" respecto de las leyes sometidas a su conocimiento:

> "Si el juez hubiera podido atacar las leyes, de una manera teórica y general; si hubiera podido tomar la iniciativa y atacar al legislador; hubiera entrado decididamente en la escena política. Convertido en campeón o en el adversario de un partido, hubiera llamado a tomar parte en la lucha a todas las pasiones, que puedan dividir un país; pero cuando el juez ataca una ley en un debate obscuro y respecto a la aplicación de ella a un caso' particular determinado, sustrae en parte la apreciación de la importancia del ataque a las miradas del público. Su fallo no tiene por' fin sino reprimir un interés individual; la ley 'no resulta' herida sino por accidente […]"[4].

De esta forma, el juez norteamericano "es llevado, a despecho suyo, al terreno de la política […]. La cuestión política que ha de resolver atañe al interés de los

---

[2] HAMILTON, A., 2006. "*El Federalista, LXXVIII*". En: A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY: *El Federalista*, México D.F: Fondo de Cultura Económica (FCE), p. 331

[3] HAMILTON, A., 2006. "*El Federalista, LXXVIII*". En: A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY (eds.): *El Federalista*, México D.F: Fondo de Cultura Económica (FCE), p. 330. Mayúsculas en el original.

[4] TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América,* Tomo I, Madrid: Daniel Jorro, 1911, pp. 124–125

litigantes, y no puede el juez dejar de decidir sin cometer una denegación de justicia […]"[5]. Preservando su imparcialidad, actuando en casos concretos y a petición de parte, esto es, "encerrado en sus límites":

> "[…] el poder de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes otorgado a los tribunales americanos forma todavía una de las barreras más poderosas que se hayan construido jamás contra la tiranía de las asambleas políticas"[6].

Por el contrario, el hecho de que el juez constitucional abandone su papel, para adoptar una posición ideológica determinada, supone un problema para este diseño y pone en peligro su misma razón de existir. La actuación de un juez ideologizado, en vez de detener las extralimitaciones del proceso democrático, sólo las potenciará en beneficio de determinadas posiciones ideológicas, incluso aunque ellas sean nefastas para la libertad política.

2. La Constitución como norma política liberal y la imparcialidad del juez constitucional

La imparcialidad del juez, sin embargo, no implica que la Constitución que aquel aplica deba ser ideológicamente aséptica. Por el contrario, PEREIRA MENAUT sostiene que, en sentido material, ese documento es una limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho y afirmando una esfera de derechos y libertades en favor de los ciudadanos. "Limitación del poder", de acuerdo a este profesor, da lugar a la idea de separación o división de poderes, "por medio del Derecho" genera el Imperio del Derecho o Estado de Derecho, y la "esfera de derechos y libertades" da lugar a los que toda Constitución contiene, bien en el propio texto, como la mayoría, o bien en una declaración aneja, como en el caso norteamericano[7]. En otras palabras, la constitución, tal como la entendemos, tiene una profunda significancia político-liberal[8].

---

[5] TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*, Tomo I, Madrid: Daniel Jorro, 1911, p. 125

[6] TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*, Tomo I, Madrid: Daniel Jorro, 1911, p. 126

[7] PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Teoría constitucional y otros escritos*, Santiago de Chile: LexisNexis, 2006, p. 5

[8] PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Teoría constitucional y otros escritos,* Santiago de Chile: LexisNexis, 2006, pp. 3,19. El autor se refiere, como el contenido característico de una constitución, a cuestiones tales como el freno del poder y el aseguramiento de los derechos y libertades, o la sujeción del gobierno al derecho. Todas las constituciones han de pronunciarse, además, acerca de cuestiones típicamente políticas, como la forma de estado y la de gobierno.

Ese contenido da lugar, por su propia naturaleza, a la característica primordial que a nuestro juicio debe calificar la relación entre la Constitución y la actividad política, y la actitud del juez en este campo: la neutralidad de la propia Constitución frente a las diferentes alternativas ideológicas que, respetando los citados parámetros constitucionales, se batan legítimamente en el campo de lo político democrático. El juez constitucional, llamado a aplicar la Constitución, debiera mantener una actitud deferente ante las decisiones políticas de los órganos representativos que se ajusten a los parámetros básicos establecidos en la carta fundamental.

3. El diseño constitucional kelseniano como herramienta de control del poder político

Como es sabido, la debacle política que termina con la Segunda Guerra mundial es lo que termina de convencer al mundo jurídico europeo continental de que el poder político requiere ser controlado por el derecho, y que ello ha de hacerse mediante la actuación de un órgano imparcial, transponiéndose de esta manera la experiencia que, considerando la *Rule of Law* inglesa, llevaba desarrollándose en el *Common Law* desde el siglo XIII.

Sin embargo, el antijudicialismo continental que, desde antes de la Revolución francesa, buscaba separara al juez ordinario del control de lo político[9], lleva a Europa a optar por el diseño kelseniano. Al respecto, MERRYMAN destaca que la figura de los tribunales constitucionales es la respuesta de la tradición europeo-continental a la necesidad de otorgar eficacia jurídica a la Constitución, pero respetando las tradicionales ideas de respeto al principio de separación de poderes y de no otorgar al juez ordinario poderes de revisión del derecho público, lo que "permitiría mantener la tradición continental, al menos en las apariencias"[10]. El resultado práctico es que se escoge el modelo kelseniano en lugar del americano porque, más allá de las controversias doctrinales de la preguerra, ya no se confía en los jueces ordinarios[11].

[9] Recuérdese al respecto como TOCQUEVILLE describe los esfuerzos de los Reyes del Antiguo Régimen para separar determinadas materias del conocimiento de los tribunales ordinarios, precisamente por la falta de docilidad de éstos frente al poder. TOCQUEVILLE, Alexis de. *El antiguo régimen y la revolución*, México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 161.

[10] MERRYMAN, J. H. *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica (FCE), 1995, pp. 78–79

[11] FAVOREU, Jean Louis. *Los Tribunales constitucionales*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 22

Como puede advertirse de la pluma del propio KELSEN, éste siempre entendió al tribunal constitucional como un árbitro imparcial entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, y como expresión del principio de separación de poderes[12]:

> "[…] la institución de la justicia constitucional no está de ninguna manera en contradicción con el principio de la separación, sino, por el contrario, es una afirmación de éste […] La cuestión de saber sí el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto, fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al Gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el Gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional"[13].

Por otro lado, como advierte STONE SWEET, KELSEN parecía consciente de la posibilidad de politización de estos órganos, por lo que estimaba muy importante que los tribunales constitucionales se parecieran, tanto cuanto fuera posible, a cuerpos judiciales. Por ello, entre otras medidas, insistía en que sus miembros deberían reclutarse entre jueces profesionales y profesores de derecho y que los miembros del parlamento o del gobierno deberían ser excluidos[14].

Sin embargo, lo cierto es que el diseño constitucional kelseniano está dotado de ciertas características que terminarán produciendo el efecto contrario al buscado por este jurista.

4. Los problemas de la Constitución kelseniana

En primer término, cierto es que KELSEN es consciente de que el peligro de arbitrariedad asecha la actividad del órgano diseñado por él para controlar la actividad del poder político. Reconociendo la naturaleza política de la Constitución, pero dada la necesidad de que el tribunal constitucional se limite a su interpretación –y no a la intervención en política—, KELSEN se opone de manera frontal a la integración de fórmulas valóricas y derechos humanos en la norma constitucional:

---

[12] De acuerdo a ZÚÑIGA URBINA, "[…] [L]a doctrina de la separación de poderes y la dialéctica poder de estatuir - poder de impedir, son un puntapié de partida de una autocomprensión de Tribunal Constitucional, como tribunal de derecho, instituido para salvar la separación de poderes, y con ello fijar los límites que la autoridad y libertad tienen en un Estado de Derecho […]. El poder de impedir de Montesquieu es el "legislador negativo" de Kelsen; único poder de los jueces compatible con el Estado de Derecho; y nuestra decisión iusfundamental acerca de la forma política del Estado como república democrática […]". ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Judicatura y Activismo Judicial", in: *Revista de Derecho Público,* n. 73, 2010, pp. 64–65.

[13] KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", in: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* v. 10, 2008, p. 25

[14] STONE SWEET, Alec. "Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter", in: *Michigan Law Review,* n. 101, 2003, p. 2768

> "[…] es precisamente en el dominio de la justicia constitucional en que estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso […] el límite entre estas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las Declaraciones de Derechos individuales, se borrará fácilmente, y no es, por tanto, imposible que un Tribunal Constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia, aplicar"[15].

Por el contrario, la posibilidad de que, contra lo expresado por KELSEN, se permita al Tribunal constitucional integrar estos conceptos jurídicos indeterminados, convertiría al poder de dicho tribunal en "insoportable" y provocaría un desplazamiento de competencias desde el Parlamento a dicho Tribunal. Además de ser contrario a la Constitución y "políticamente contraindicado", dicho desplazamiento puede convertir a ese Tribunal "en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento". Por ello,

> "[…] la Constitución debe, sobre todo si ella crea un Tribunal Constitucional, "abstenerse de ese género de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible"[16].

Por otro lado, como advierte STONE SWEET, la conocida distinción de la doctrina kelseniana entre un legislador "positivo" –el Parlamento—y un legislador "negativo" –el tribunal constitucional—descansa casi enteramente en la idea de una carta fundamental desprovista de derechos humanos judicialmente exigibles, en consonancia con el positivismo que domina los razonamientos de KELSEN[17].

Sin embargo, es precisamente este enfoque –preocupado más de la coherencia de la pirámide normativa que de la libertad de los ciudadanos[18]— el que, paradójicamente, permite que la Constitución política kelseniana pueda ser rellenada de cualquier contenido, sin vulnerar su esencia, incluyendo diversos valores y contenidos distintos a la protección de la libertad que, mal entendidos, podrían incluso atentar directamente contra esta última[19]. Ante la falta de parámetros de fondo, dichos

---

[15] KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", in: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* v. 10, 2008, p. 35.

[16] KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", in: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* v. 10, 2008, p. 35

[17] STONE SWEET, Alec. "Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter", in: *Michigan Law Review,* n. 101, 2003, p. 2767. La idea de derecho humanos, más cercana a la escuela de Derecho natural, de acuerdo a KELSEN, podría debilitar la legitimidad del tribunal constitucional, al convertirlo, de legislador "negativo" –sujeto al texto expreso de la Constitución— a legislador "positivo", habilitado para descubrir principios y derechos anteriores al derecho positivo.

[18] PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Teoría constitucional y otros escritos,* Santiago de Chile: LexisNexis, 2006, pp. 3,19

[19] En nuestra opinión así puede suceder, por ejemplo, con el concepto de "efecto horizontal de los derechos", en virtud del cual derechos constitucionales, concebidos originalmente para proteger a

valores y contenidos terminarán siendo igualmente beneficiados con la misma fuerza del mecanismo de aplicación que KELSEN diseñó para una Constitución carente de toda referencia extrajurídica, pero destinada a influir en la generación e interpretación del resto del ordenamiento jurídico.

Al respecto, como advierte PEREIRA, KELSEN reconoce que, gracias a los contenidos políticos, la Constitución deja de ser sólo "regla de procedimiento" para ser también "regla sustancial", pero "no se nos dice de qué sustancia", lo que facilita la inclusión de contenidos políticos de variada índole (opiniones, ideologías, decisiones nada exentas de valores), que quedarán incrustados en la cúspide del ordenamiento jurídico, al que, a partir de ese momento, van a presidir[20].

Por esto es que MARTÍNEZ ESTAY agrega que, como las cuestiones valorativas quedan al margen de la teoría del ordenamiento jurídico de KELSEN, el contenido material de la Constitución resulta indiferente[21]. En el mismo sentido, SALAZAR destaca que la constitucionalidad "material" de una norma depende del contenido contingente de la constitución y no de la existencia de algunos bienes constitucionalmente protegidos por su importancia particular. Los derechos fundamentales y los principios constitucionales como la justicia, la libertad, la igualdad, etc. existen, sí y sólo sí, la constitución los establece como tales, pero, incluso en este caso, "no añaden nada a la realidad efectiva del derecho"[22].

Esta cuestión resulta particularmente importante en relación al fenómeno del activismo judicial, dado que las Constituciones políticas de los países pertenecientes a la vertiente europeo-continental son, en su gran mayoría, expresión del moderno Estado social de derecho, por lo que se encuentran repletas de objetivos políticos, culturales y sociales, así como de disposiciones de carácter abierto, lo cual amplía considerablemente el rango de actuación de los jueces constitucionales. A lo anterior se suma el crecimiento de diversas escuelas doctrinarias cuyas teorías de interpretación constitucional facilitan, voluntaria o involuntariamente, la asignación de

---

los ciudadanos del poder político, terminan generando obligaciones de unos particulares respecto de otros, pasando incluso por encima de la legislación ordinaria que regula los vínculos jurídicos entre éstos

[20] PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Teoría constitucional y otros escritos,* Santiago de Chile: LexisNexis, 2006, p. 240

[21] MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. "El sistema europeo-continental de Justicia Constitucional", in: *Estudios Constitucionales,* v. 3, n. 1, 2005, p. 152

[22] SALAZAR UGARTE, Pedro. "Notas sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen", in: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* n. 28, 2008, p. 188

categoría “constitucional” a contenidos que en realidad reflejan las preferencias ideológicas particulares de determinados sectores políticos o académicos[23].

De esta manera, nuestras constituciones terminan pareciendo verdaderas “plataformas de partido”, proclamando importantes programas de construcción social que el Estado tiene el deber de implementar. Ello aumenta, a su vez, la posibilidad de que esos ordenamientos constitucionales no solo contengan deberes positivos, sino que también sean interpretados en forma programática y principista, descubriéndose nuevos deberes positivos estatales por analogía con los antiguos. En estas condiciones, los jueces conciben el entero ordenamiento jurídico como una jerarquía obligatoria de valores que gobiernan toda la acción pública[24].

Es lo mismo que advierte OTTO y PARDO cuando señala que se quiere ver en la Constitución, en su conjunto, una prefiguración del propio orden social. La Constitución pasa a considerarse norma jurídica fundamental, no en el sentido de que sea el fundamento de la validez de todo el ordenamiento, sino en el de que *contiene el orden jurídico básico* de los diversos sectores de la vida social y política, de modo que prefigura, de forma similar a como lo hacen los programas de partido, un «modelo de sociedad»[25]. Desde este planteamiento, continúa este autor, toda la Constitución en su conjunto deja de considerarse como el marco jurídico en el que se ha de desenvolver la realidad política, y se reinterpreta como mandato de construir y mantener una realidad política. En definitiva,

> “[…] el hecho de no haberse constituido efectivamente en toda su plenitud la realidad política que se pretendía al elaborar la Constitución significaría falta de «realización» de la Constitución misma, al considerarse esta no como el orden jurídico que la hace posible al garantizar las libertades de que puede nacer, sino como la norma que programa su surgimiento y permanencia”[26].

---

[23] Ver al respecto nuestro artículo "Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial", in: *Derecho Público Iberoamericano,* n. 2, 2013, pp. 91-95. Disponible en línea en http://works.bepress.com/rodrigopoyanco/1, última comprobación el 14/08/2015.

[24] STITH, Richard. "Securing the Rule of Law Through Interpretive Pluralism: An Argument From Comparative Law”, in: *Hasting Constitutional Law Quarterly,* v. 35, n. 3, 2008, pp. 422–425. En el mismo lugar, abundantes ejemplos de jurisprudencia alemana y española

[25] OTTO y PARDO, Ignacio de. "Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes", in: Ignacio de OTTO y PARDO, Ramón PUNSET, Francisco J. BASTIDA FREIJEDO y Joaquín VARELA SUANZES (eds.): *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*. Oviedo, Madrid: Universidad de Oviedo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 845–846

[26] OTTO y PARDO, Ignacio de. "Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes", in: Ignacio de OTTO y PARDO, Ramón PUNSET, Francisco J. BASTIDA FREIJEDO y Joaquín VARELA SUANZES (eds.): *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*. Oviedo, Madrid: Universidad de Oviedo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 845–846

5. En particular, el problema de la politización de los jueces constitucionales

Como advierte STITH, al concebir KELSEN a la constitución como una norma eminentemente política, resultaba esperable que los miembros del tribunal constitucional tuvieren preferencias políticas[27]. El propio KELSEN se muestra consciente de ello pero —en una de las más notables contradicciones del diseño kelseniano[28]— este autor no sólo no parece poner problemas a la designación política de los miembros del tribunal, sino que, al contrario, asume ello como un "mal necesario" y propone reglas para el alivio relativo de este problema.

De esta manera, si bien KELSEN se muestra contrario a la integración del tribunal constitucional por los titulares de cargos políticos en ejercicio, "puesto que son precisamente sus actos los que deben ser controlados"[29] y, por otra parte, estimula la presencia de especialistas en derecho en los referidos órganos[30], lo cierto es que termina otorgando a los poderes político-representativos *un papel esencial* en el nombramiento de los jueces que componen la creación kelseniana.

Es así como, partiendo de la base que "no se puede negar que los especialistas pueden —consciente o inconscientemente— dejarse determinar por consideraciones políticas", KELSEN sostiene que es preferible aceptar, más que una influencia oculta y por tanto incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del Tribunal, por ejemplo, haciendo proveer una parte de los puestos por el Parlamento por vía de elección, teniendo en cuenta la fuerza relativa de los partidos[31].

---

[27] STITH, Richard. "Securing the Rule of Law Through Interpretive Pluralism: An Argument From Comparative Law", in: *Hasting Constitutional Law Quarterly,* v. 35, n. 3, 2008, pp. 421–422

[28] La otra es, a nuestro juicio, la de hacer reposar todo el formidable edificio lógico kelseniano en una "norma fundante" respecto de la que nunca KELSEN parece haber aclarado su naturaleza.

[29] KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", in: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* v. 10, 2008, pp. 25–26

[30] KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", in: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* v. 10, 2008, pp. 25–26. En la visión de este autor, estos especialistas pueden tener mucho más en cuenta las consideraciones puramente técnicas, puesto que su conciencia política se encuentra descargada por la colaboración de los miembros llamados a la defensa de los intereses propiamente políticos. "[E]s de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión […] El Tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes".

[31] KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", in: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* v. 10, 2008, pp. 25–26. Así por ejemplo, ese autor sostenía que "[e]ntre los modos de designación particularmente típicos, no se podría pregonar sin reservas ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe de Estado o por el Gobierno. Posiblemente se les podría combinar, haciendo, por ejemplo, elegir los jueces al

De esta manera, el diseño de KELSEN abre la puerta a la institucionalización de un sistema de designación de los jueces claramente politizado. Mediante un "cándido reconocimiento (sic) de la naturaleza política de estos tribunales, KELSEN también ayudo a convertir a estos tribunales en entidades más fácilmente sujetas o susceptibles al control político"[32].

En consecuencia, la politización se introduce en el tribunal constitucional a partir de sus propios mecanismos de nombramiento, en una característica que es, probablemente, la más perdurable de todas aquellas pensadas por su autor para el tribunal constitucional[33].

Si agregamos a ello que, por otro lado, como advierte PEREIRA, la concepción kelseniana de Constitución como *norma normarum* no evita el monopolio de la producción e interpretación del Derecho; al contrario, *lo produce y lo deposita en manos del tribunal constitucional*[34], no es extraño que la designación de los miembros de este organismo pase a ser una de las cuestiones de mayor interés "político" de los gobiernos sujetos a su fiscalización. Al respecto, BACHOF reconocía que

> "[…] el hecho de que se confíen al juez decisiones de alcance político, puede suponer un fuerte estímulo para que los grupos políticos influyan en los criterios de selección de personal de los tribunales y, sobre todo, del Tribunal Constitucional, dando lugar a que no se provean ya los cargos según la aptitud, sino según las opiniones y las (verdaderas o presuntas) simpatías políticas del aspirante. Desde luego, este peligro no debe ser menospreciado"[35].

En el mismo sentido FAVOREU reconocía que

> "[…] las autoridades políticas, cualesquiera que sean, han designado a jueces afines o de sus mismas tendencias políticas; y, de hecho, en Alemania, Italia, España, Francia o Austria, los dos o tres principales partidos políticos se reparten la elección. Y ello aun en el caso de que, como en Alemania o en España, se hayan querido tomar precauciones para evitarlo […]"[36].

Parlamento a propuesta del Gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto, o inversamente".

[32] STITH, Richard. "Securing the Rule of Law Through Interpretive Pluralism: An Argument From Comparative Law", in: *Hasting Constitutional Law Quarterly,* v. 35, n. 3, 2008, pp. 421–422

[33] Pues, como hemos visto, los otros supuestos del modelo –un derecho constitucional entendido en sentido piramidal y lógico, y la práctica ausencia de la idea de derechos humanos, o conceptos jurídicos indeterminados en las constituciones—, en la práctica han sido largamente superados.

[34] PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Teoría constitucional y otros escritos,* Santiago de Chile: LexisNexis, 2006, p. 3. El destacado es nuestro.

[35] BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Taurus, 1963, pp. 55–56

[36] FAVOREU, Jean Louis. *Los Tribunales constitucionale*s. Barcelona: Ariel, 1994, p. 30

Lo anterior se agrava si se considera que, a diferencia de lo que sucede con el juez común –cuya labor jurisdiccional, comportamiento y carrera funcionaria están severamente controlados en todos los aspectos[37]—, el sistema de ingreso a los tribunales constitucionales europeo-continentales desecha todas las prevenciones que se aplican a los jueces ordinarios y se acerca a lo que STITH describe como la provisión "lateral"[38] de los cargos de los tribunales norteamericanos más importantes. De esa manera, se generaliza un sistema creado para atraer y seleccionar a los profesionales mejor conectados o a quienes son líderes de opinión en sus respectivas materias –a los que, adicionalmente, a veces ni siquiera se les exige una carrera judicial previa o, aún, un título de abogado[39]— lo que hace difícil que éstos, una vez nombrados como jueces constitucionales, sean deferentes con el legislador[40].

6. ¿Es posible que, defendiendo la libertad, se la destruya?

En este punto, resulta necesario hacer un pequeño *excursus*. Hasta el momento, algún lector de este artículo podría no advertir ningún problema en las cuestiones expuestas. Consagrar un documento de rango supralegal, que limita la actuación del ejecutivo y el legislativo con determinados derechos y objetivos políticos, destinados a lograr la libertad de los ciudadanos; y todo ello, a cargo de un órgano como el tribunal constitucional, único y prestigioso interprete autorizado de la constitución, no puede sino ser un conjunto de buenas noticias para la libertad política de las sociedades contemporáneas.

Sin embargo, nunca será un exceso recordar las palabras de uno de los más preclaros pensadores liberales del siglo XX, que se refirió justamente a los diversos sentidos que puede tener la idea de libertad. A diferencia de la idea de libertad

[37] Muchos autores hacen notar que en la cultura jurídica europeo continental, ese férreo control termina repercutiendo en la concepción misma de la labor judicial. El juez continental, incluso en los puestos más altos, es un funcionario con labores importantes pero poco creativas y con una sicología básicamente deferente hacia las decisiones de las autoridades políticas. Ver al respecto MERRYMAN, J. H. *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica (FCE), 1995, pp. 77 y 155; y STITH, Richard. "Securing the Rule of Law Through Interpretive Pluralism: An Argument From Comparative Law", in: *Hasting Constitutional Law Quarterly,* v. 35, n. 3, 2008, pp. 427–428. Al día de hoy, este juicio debería ser morigerado, sin embargo, por lo que ocurre en nuestros países con el activismo judicial en la justicia ordinaria, cuestión que no podemos tratar aquí.

[38] Por oposición a "vertical" o mediante carrera funcionaria.

[39] Así lo asegura FAVOREU, Jean Louis. "*Los Tribunales constitucionales*". Barcelona: Ariel, 1994, p. 29 respecto de Francia

[40] STITH, Richard. "Securing the Rule of Law Through Interpretive Pluralism: An Argument From Comparative Law", in: *Hasting Constitutional Law Quarterly,* v. 35, n. 3, 2008, pp. 427–428

negativa –que es simplemente, el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado o coaccionado por otros: sólo se carece de libertad política si algunos seres humanos le impiden a uno conseguir un fin[41]—, la idea de libertad positiva o autorrealización, o dominio de uno mismo, impuesta por unos en nombre de la "verdadera libertad" de otros, puede hacer posible, e incluso a veces "justificable" –desde luego, con la crítica del autor—, coaccionar a los hombres en nombre de algún objetivo

> "que ellos mismos perseguirían, si fueran más cultos, pero que no persiguen porque son ciegos, ignorantes o están corrompidos. Esto facilita que yo conciba coaccionar a otros por su propio bien, por su propio interés, y no por el mío. Entonces pretendo que yo sé lo que ellos verdaderamente necesitan mejor que ellos mismos. Lo que esto lleva consigo es que ellos no se me opondrían si fueran racionales, tan sabios como yo, y comprendiesen sus propios intereses como yo los comprendo"[42].

De esta manera, no es imposible que una constitución desprovista de un norte liberal, pero repleta de objetivos económicos, sociales o culturales; interpretada por un juez constitucional ideologizado, o cooptado por una elite social-académica, pueda ser utilizada no tanto para defender la clásica libertad negativa –o la libertad política tradicional— de los ciudadanos, sino más bien para imponer, con la fuerza del derecho, determinadas concepciones de "libertad positiva", o determinado modelo de sociedad, bajo el pretexto de que se trata de un objetivo de rango y fuerza constitucional, destinado a lograr la "verdadera" libertad, sea de un colectivo determinado, sea de la sociedad toda. De ahí lo que sigue.

7. La necesidad de una vuelta al constitucionalismo

De esta manera, el derecho europeo-continental está presenciando el desarrollo de un nuevo desequilibrio, esta vez en sentido inverso al que ocurrió en la situación post-revolucionaria francesa: de la preponderancia absoluta y abusiva del poder legislativo sobre las demás ramas de gobierno, nos estamos moviendo hacia la hipertrofia del juez constitucional, constituido en el árbitro llamado a decidir las cuestiones más importantes de la vida política de nuestros países[43].

---

[41] BERLIN, Isaiah. "*Cuatro ensayos sobre la libertad*". Madrid: Alianza Editorial, 1988, p. 191–192

[42] BERLIN, Isaiah. "*Dos conceptos de libertad y otros escritos*". Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 203

[43] Cierto que no todo es culpa de los jueces constitucionales y ni siquiera del diseño kelseniano. Otros factores son, p.ej., la hipertrofia normativa propia de nuestras sociedades modernas, que aumenta la incerteza jurídica y debilita, por tanto, la vinculación del juez al derecho; la complicidad de cierta academia, que mira con indisimulada simpatía la incursión del juez en política, como medio para

Desde luego, sería una exageración acusar a los jueces constitucionales de ser capaces de perpetrar abusos al nivel de un poder legislativo o ejecutivo exaltado. Pero no debe olvidarse, en primer término, que el abuso de sus facultades por un órgano estatal no deja de ser tal abuso porque su protagonista sea el juez llamado a defender el orden constitucional. El constitucionalismo desconfía de la concentración del poder, cualquiera sea su depositario. Ya TOCQUEVILLE afirmaba que lo que debe combatirse no es al "déspota" sino al "despotismo"[44], que puede ser practicado por uno, por muchos, por la mayoría, o por cualquier órgano constitucional que se excede de sus potestades; incluso, como en este caso, el juez[45]. Por eso también es que STITH afirma que tanto el proceso de interpretación como el significado de la constitución, han devenido en la actualidad como cuestiones muy politizadas, de manera que ningún observador cuidadoso puede fallar en reconocer el potencial tiránico de los poderes judiciales centralizados[46].

En segundo lugar, tampoco puede dejarse de lado que una actuación inconstitucional e ideologizada del ente llamado a vigilar la constitución deja sin efecto al único poder que, en una sociedad civilizada y en un sistema democrático, puede defender los derechos y libertades de las personas sin recurrir a la violencia. Como lo demuestra el triste ejemplo del caso *Dred Scott v. Sandford*[47], un juez que ejerza su poder de manera prudente puede significar, en determinados casos, la diferencia entre la paz o la guerra o, en los términos actuales –y no menos dramáticos— de nuestras sociedades contemporáneas, entre la obediencia o la objeción de conciencia.

Ello resulta particularmente relevante en lugares con una tradición democrática débil o relativamente reciente, en donde la justicia constitucional se ha implantado, precisamente, como forma de reforzar el compromiso con la democracia y los

---

obtener el apoyo a las causas que defiende; y, finalmente, la retirada de los propios órganos político-representativos del ejercicio de sus responsabilidades, entregando los problemas más espinudos a la resolución del juez.

[44] TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*, Tomo II, Madrid: Daniel Jorro, 1911, p. 15

[45] Cabe señalar, en todo caso, que lo mismo ocurrió con los tribunales de casación. DAVID advierte cómo la creación de tribunales supremos, ideada para controlar la actividad de los jueces ordinarios, en definitiva terminó reforzando tanto la posición del poder judicial frente al legislador, como de la jurisprudencia como fuente del derecho. Ver al respecto DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid: Aguilar, 1969, p. 105

[46] STITH, Richard. "Securing the Rule of Law Through Interpretive Pluralism: An Argument From Comparative Law", in: *Hasting Constitutional Law Quarterly,* v. 35, n. 3, 2008, p. 427–428

[47] 60 US 393 (1857), señalado como uno de los antecedentes de la guerra civil norteamericana.

derechos humanos. Pero también lo es, por cierto, en todos aquellos lugares en donde, como se está haciendo cada vez más frecuente, las batallas culturales y sociales de nuestra época no se libran ya en la calle ni en los parlamentos, sino en los tribunales de justicia.

Bibliografía

BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Taurus (Cuadernos Taurus, 54), 1963.

BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial (Alianza Universidad), 1988.

BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Traducción, introducción y notas de Ángel Rivero. Madrid: Alianza Editorial (El libro de bolsillo. Filosofía), 2001.

DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Traducción de la 2a. ed. francesa por Pedro Bravo Gala. Madrid: Aguilar (Biblioteca Jurídica), 1969.

FAVOREU, Jean Louis. *Los Tribunales constitucionales*, Prólogo y supervisión de la obra de Marc Carillo. Barcelona: Ariel, 1994.

HAMILTON, A., "El Federalista, LXXVIII", in: A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY (eds.): *El Federalista*. México D.F: Fondo de Cultura Económica (FCE), 2006.

KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", in: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* v. 10, 2008., pp. 3–46, Última comprobación el 26/12/2013.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. "El sistema europeo-continental de Justicia Constitucional", in: *Estudios Constitucionales,* v. 3, n. 1, 2005., pp. 149–171. Disponible en línea en http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82003109, última comprobación el 22/01/2015.

MERRYMAN, J. H. *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica (FCE) (2), 1995.

OTTO Y PARDO, Ignacio de, 2010. "Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes", in: Ignacio de OTTO y PARDO, Ramón PUNSET, Francisco J. BASTIDA FREIJEDO y Joaquín VARELA SUANZES (eds.): *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*. Oviedo, Madrid: Universidad de Oviedo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 803–1068.

PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Teoría constitucional y otros escritos*. Con la colaboración en la lección IX de José Ignacio Martínez Estay. Santiago de Chile: LexisNexis, 2006.

POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés. "Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial", in: *Derecho Público Iberoamericano,* n. 2, 2013, pp. 67–101. Disponible en línea en http://works.bepress.com/rodrigopoyanco/1, última comprobación el 14/08/2015.

SALAZAR UGARTE, Pedro. "Notas sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen", in: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* n. 28, 2008, pp. 187–197.

STITH, Richard. "Securing the Rule of Law Through Interpretive Pluralism: An Argument From Comparative Law", in: *Hasting Constitutional Law Quarterly,* v. 35, n. 3, 2008, pp. 401–447. Disponible en línea en http://hastingsconlawquarterly.org/archives/V35/I3/stith.pdf, última comprobación el 19/07/2016.

STONE SWEET, Alec. "Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter", in: *Michigan Law Review,* n. 101, 2003, pp. 2744–2780, última comprobación el 03/10/2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. Traducción española por Carlos Cerrillo Escobar. Madrid: Daniel Jorro (Biblioteca Científico-Filosófica), 1911. 2 Tomos.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *El antiguo régimen y la revolución*. Prefacio, tabla cronológica y bibliografía de Enrique Serrano Gómez. Traducción de Jorge Ferreiro. Introducción de J.P. Mayer, México: Fondo de Cultura Económica (Colección Conmemorativa 70 aniversario, 50), 2006. 3 ed.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Judicatura y Activismo Judicial", in: *Revista de Derecho Público,* n. 73, 2010., pág. 59–77. Disponible en línea en http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewPDFInterstitial/35629/37304, última comprobación el 02/10/2016.

Do direito humano ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes em situação de vulnerabilidade socioeconômica

Carolina Merida[1]
Scheila Gomes França[2]

RESUMO: O presente estudo visa discutir o direito ao desenvolvimento da criança e do adolescente em situação de vulnerabilidade socioeconômica como um direito humano e fundamental, por meio de uma análise transversal do tema. Partindo de uma reflexão sobre o marco jurídico internacional em relação à proteção dos direitos do menor, a pesquisa propõe o exame da questão também sob a perspectiva dos direitos fundamentais assegurados às crianças e aos adolescentes pela Constituição Federal Brasileira de 1988 e ratificados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Adicionalmente, baseando-se não apenas no método da pesquisa bibliográfica (literatura brasileira e estrangeira) e documental, mas sobretudo na análise dos processos de ato infracional em trâmite no Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Rio Verde, Estado de Goiás, Brasil, no primeiro semestre de 2016, buscou-se averiguar a existência de associação entre a crescente violência praticada por menores e a inexistência de políticas públicas específicas voltadas à efetivação do direito humano ao seu desenvolvimento. Concluiu-se que a ineficiência do Estado e a incapacidade das famílias e da sociedade em prover efetivamente tais direitos tem levado os jovens brasileiros em situação de vulnerabilidade socioeconômica à marginalidade e à prática de violência.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos, políticas públicas dirigidas ao menor, vulnerabilidade socioeconômica, violência.

ABSTRACT: This study aims to discuss the right to development of children and adolescents in socio-economic vulnerability as a human and fundamental right, through an issue of cross-sectional analysis. Starting from a reflection on the international legal framework in relation to the lower rights protection, the research proposes to examine the case also from the perspective of the fundamental rights guaranteed to children and adolescents by the Brazilian Federal Constitution of 1988 and ratified by the Children and Adolescent 1990. Additionally, based not only in the method of literature (Brazilian and foreign literature) and documentary, but especially in the analysis of infraction proceedings pending in Court of Childhood and Youth, Rio Verde, Goiás State, Brazil, in the first half of 2016, we sought to determine the

[1] Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Especialista em Direito Público, Professora Adjunta vinculada à Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/GO e Procuradora do Município de Rio Verde/GO.
[2] Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Especialista em Direito Público, Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/GO e Advogada.

existence of an association between increasing youth violence and the lack of specific public policies for the realization of the human right to development. It was concluded that the inefficiency of the state and the inability of families and society in providing these rights effectively has led the young Brazilians in socioeconomic vulnerability to marginalization and practice of violence.

KEYWORDS: Human rights, public policies for minors, socioeconomic vulnerability, violence.

INTRODUÇÃO

O termo “criança”, empregado na atualidade, nem sempre fora utilizado em nossa sociedade. Trata-se de uma terminologia moderna, quase contemporânea, e representa os efetivos investimentos que, pouco a pouco, começaram a ser endereçados a essa fase do desenvolvimento humano.

Constata-se, ao longo da história, que a criança e o adolescente foram vítimas de inúmeras violações aos seus direitos fundamentais.

Somente no século XX é que a infância e a adolescência passaram a ser reconhecidas como fases do desenvolvimento individual, passando tais indivíduos a ser considerados merecedores de direitos e de deveres especiais – específicos da sua condição de indivíduo em formação.

Na seara da proteção especial à criança e ao adolescente, o ordenamento jurídico brasileiro ratificou e internalizou diversas convenções referentes à matéria. Pontua-se que grandes inovações pertinentes ao referido tema surgiram com a Declaração de Genebra (1924), que visa prestar à criança uma proteção especial; a Declaração Universal de Direitos do Homem (1948); o Pacto de San José da Costa Rica (1960); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular nos artigos 23 e 24); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no artigo 10), dentre outros; consolidando-se com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989).

No tocante ao Brasil, registra-se a importância da Constituição Federal de 1988 (por muitos referenciada como Constituição Cidadã) na tutela dos direitos fundamentais em geral, e da criança e do adolescente em particular, assim como do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, merecendo destaque, ainda, o fato de o país ser signatário de diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, especialmente relativos à criança e ao adolescente.

Contudo, malgrado os avanços nos instrumentos normativos protetivos de direitos da criança e do adolescente, depara-se constantemente com recorrentes atos de violação aos direitos do menor. Tal constatação leva a crer que esse quadro de violações aos direitos da criança, ao longo de séculos, fez produzir em larga escala os adolescentes autores de atos infracionais, hodiernamente, conhecidos por adolescentes em conflito com a lei.

Nesse contexto, o presente artigo dedica-se a discutir em quais contextos socioeconômico e educacional surgem os adolescentes em conflito com a lei no município de Rio Verde, Estado de Goiás, Brasil, bem como debater a associação entre os atos infracionais praticados por estes menores e o desrespeito aos seus direitos humanos e fundamentais, ante à fragilidade de políticas públicas específicas voltadas à efetivação do direito humano ao seu desenvolvimento.

DISCUSSÃO E APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS

De início e para os fins deste estudo, importa sublinhar que os direitos humanos e direitos fundamentais são, respectivamente conquistas históricas da humanidade ou de um povo específico[3]. Estão previstos e definidos nos tratados internacionais de direitos humanos e/ou na Constituição de um país, possuem eficácia jurídica e são passíveis de controle jurisdicional para concretização da eficácia social ou prática (efetividade), vez que, diferentemente dos direitos naturais, a positivação destes direitos concede-lhe um conteúdo jurídico.

Basicamente a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais está calcada na sua origem normativa: enquanto direitos humanos são consagrados em documentos de direito internacional, os direitos fundamentais são protegidos internamente pelo texto da Constituição de um Estado[4].

Neste sentido:

> (...) a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhece ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). [5]

Em razão de seu pioneirismo, insta destacarmos a importância da Declaração de Genebra de 1924[6] (Declaração dos Direitos da Criança) na tutela dos direitos dos menores no âmbito internacional, ao reconhecer que a criança deve ser protegida independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença, deve ser auxiliada, sendo respeitada a integridade da família e devendo ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, seja material, seja moral, ou ainda, espiritualmente.

Nessa senda, nos termos da citada Declaração, a criança deve ser alimentada, tratada, auxiliada e reeducada; o órfão e o abandonado devem ser recolhidos. Em

---

[3] COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2008.
[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
[5] SARLET, SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.
[6] Declaração dos Direitos da Criança. Genebra, 1924. Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-protecao-dh. Acesso em: 10/12/2015.

tempos de infortúnio, a criança deve ser a primeira a receber socorros. A criança deve ser colocada em condições de, no momento oportuno, ganhar a sua vida, deve ser protegida contra qualquer exploração e deve ser educada no sentimento de que as suas melhores qualidades devem ser postas ao serviço do próximo.

Já a Declaração Universal dos Direitos do Homem[7], adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 (primeiro instrumento internacional que enuncia direitos de caráter civil e político, mas também de natureza econômica, social e cultural de todos os seres humanos), em que pese seu caráter geral, refere-se expressamente à proteção da infância e das crianças, ao estabelecer que "a maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais", assim como que "todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social." No entanto, somente onze anos mais tarde, em 20/11/1959, é que fora promulgada, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que consagrou os direitos das crianças a um nome e a uma nacionalidade (direitos civis).

Ademais, não obstante a existência de outros instrumentos protetivos dos menores em sede internacional[8], a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989[9] é digna de realce, na medida em que alterou profundamente a concepção da infância – influenciando a adoção de outros textos internacionais, além de consistir no primeiro instrumento de direito internacional a conceder força jurídica internacional aos direitos da criança.

A diferença fundamental entre este texto e a Declaração dos Direitos da Criança, adotada 30 anos antes, consiste no fato de a Convenção tornar os Estados que nela são partes juridicamente responsáveis pela realização dos direitos das crianças e por todas as ações que tomem em relação às crianças (*hard law*), enquanto que a Declaração de 1959 impunha meras obrigações de caráter moral (*soft law*).

Destarte, para os fins pretendidos pela presente pesquisa, importa evidenciar os princípios insculpidos nos artigos 3 e 6 da Convenção dos Direitos da Criança de 1989[10], que devem orientar os programas nacionais que visam a aplicação do referido tratado internacional:

---

[7]Declaração Universal dos Direitos do Homem. Paris, 1948. Disponível em: http://www.dudh.org.br/declaracao/. Acesso em: 30/08/2016.

[8] Convenção da OIT n. 138, sobre a idade mínima de admissão ao emprego; Princípios Orientadores de Riad - Resolução n. 45/112 para a Prevenção da Delinquência Juvenil e as Regras para a Proteção de Menores Privados de Liberdade (1990); Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança (1991); Convenção de Haia de 1993 relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional; Convenção da OIT n. 182, tendo por objeto a eliminação imediata das piores formas de trabalho infantil; Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança (1996); o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça e da Juventude (Regras de Beijing); Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situação de Emergência ou do Conflito Armado, dentre outros.

[9] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em: 01/09/2016.

[10] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em: 01/09/2016.

> Artigo 3
> 1 – Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.
> 2 – Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
> 3 – Os Estados Partes certificar-se-ão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.
>
> (...)
>
> Artigo 6
> 1 – Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.
> 2 – Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

Desse modo, tem-se que o interesse superior da criança (artigo 3) deve consistir numa consideração primordial sempre que as autoridades de um Estado tomem decisões que afetem a criança. Este princípio aplica-se às definições de políticas públicas e às decisões dos tribunais, das autoridades administrativas, dos órgãos legislativos e das instituições públicas ou privadas de solidariedade social. A aplicação desta ideia fundamental da Convenção representa, pois, um enorme desafio.

Enquanto o artigo que consagra o direito à vida (artigo 6) é expressamente estendido ao direito à sobrevivência e ao desenvolvimento, os quais devem ser assegurados na máxima medida possível. O termo desenvolvimento, que tem uma conotação qualitativa, há de ser interpretado de forma ampla quando empregado neste contexto, haja vista não se limitar unicamente à saúde física, mas referir-se também ao desenvolvimento mental, emocional, cognitivo, social e cultural da criança.

Em linha com as transformações internacionais e sob a influência destas, bem como pelo clamor social do país, promulgou-se a Constituição Federal Brasileira de 1988, repleta de dispositivos assegurando direitos e garantias à infância. A este respeito, merece distinção o art. 227, *caput,* CF/88[11], *ipsis litteris* transcrito:

[11] BRASIL. Constituição Federal, 1998.

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na visão de Piovesan, a Carta Republicana estabeleceu um grande "avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira"[12], podendo ser considerada "como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil".

A partir da promulgação da Lei Fundamental de 1988, o Estado Brasileiro viu-se obrigado a dar uma maior proteção aos direitos humanos e direitos fundamentais, restando estabelecido um verdadeiro Estado Social. Estado Social este, que possui como fundamento central a "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III da CF), base de construção de todo direito humano e fundamental e valor essencial que dá unidade e sentido à Constituição, tendo como objetivo "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV da CF), patente ideal de igualdade. Tanto que assim assegura:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> (...)
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sendo, portanto, dois direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana e igualdade, os princípios basilares para diversos setores nacionais, ao exemplo da proteção das crianças e adolescentes, dos idosos, das minorias e grupos vulneráveis de maneira geral, sendo certo afirmar que os princípios de proteção à infância e a adolescência estão amplamente pontuados nos direitos fundamentais. Ainda no que tange aos direitos fundamentais tutelados pela Carta Constitucional de 1988, há que se reconhecer a relevância do direito social à educação, mormente no contexto dos direitos da criança e do adolescente, posto que deste emanem condições reais de desenvolvimento do indivíduo, a partir da sua necessidade de busca pelo saber formal, e diante das possibilidades de mobilidade social que credita ao indivíduo. Tanto é verdade, que o direito fundamental social à educação obteve reconhecimento

[12] PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

expresso no art. 6° de nossa Constituição Federal de 1988, integrando, portanto, o catálogo dos direitos fundamentais e sujeito ao regime jurídico reforçado a este atribuído pelo Constituinte (especialmente no art. 5°, § 1°, e art. 60, § 4° inc. IV).

Com efeito, o art. 205, ao dispor que "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade"[13], está, na verdade, revelando uma feição notadamente programática e impositiva, não possibilitando, por si só, o reconhecimento de um direito subjetivo, já que – norma de eficácia limitada – apenas estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação, quais sejam, "o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Sob outro prisma, não se pode olvidar que em 1989 o país aderiu à Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, sancionada por meio do Decreto 99.710/90, da qual já tratamos em linhas pretéritas.

Outrossim, no ano de 1990, o Brasil sanciona a Lei 8.069, intitulada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), revogando o Código de Menores, fase em que se inaugura a custódia de crianças e adolescentes no país. A legislação agora vigente aponta como princípio fundamental a proteção integral de crianças e adolescentes, deixando de existir, sob o espectro normativo, qualquer distinção social, econômica ou cultural entre eles. A doutrina da proteção integral, juntamente aos princípios do melhor interesse do menor e da absoluta prioridade, faz parte da tríade principiológica que forma o ECA/90. Para garantir essa proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem papel fundamental na defesa dos interesses do menor.

A doutrina da proteção integral privilegia a criança e o adolescente, de forma a garantir seu correto desenvolvimento psicológico, físico e social. Portanto, os menores não devem ser mais fruto de severa e indigna correção penal. O Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal e os tratados internacionais, ao passo que defendem a proteção integral, representam extrema importância para o Direito Infanto-juvenil, uma vez que levam em consideração as necessidades próprias e especificas dos jovens, que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada.

Quanto à repressão pela prática de atos ilícitos por crianças e adolescentes, por exemplo, análogos à situação de crimes previstos na legislação penal pátria, o ECA diligencia políticas de atendimento ao segmento infanto-juvenil, estabelecendo que os menores terão por sanções, em caso de cometimento de ilícito, medidas de caráter protecionista e educacional, classificadas como medidas protetivas e medidas socioeducativas.

Em que pesem os avanços promovidos com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, inúmeros municípios brasileiros carecem de varas especializadas na

[13]BRASIL. Constituição Federal, 1998.

condução dos processos envolvendo menores (Juizado da Infância e da Juventude), a exemplo do que ocorria até pouco tempo no município de Rio Verde, Goiás.

Neste tocante, a fim de melhor contextualizar a presente pesquisa, faz-se mister elucidar que Rio Verde é atualmente a quarta maior cidade do Estado de Goiás, com população de 207.296 (duzentos e sete mil e duzentos e noventa e seis) habitantes, em conformidade com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE[14]. Apesar de o município estudado não figurar como um dos mais violentos do país (ocupa a 136ª posição no *ranking* nacional[15]), este vivencia alto índice de atos de violência praticados por adolescentes em conflito com a lei, fato este que chamou a atenção das pesquisadoras, justificando a realização deste trabalho.

O município pesquisado conta com uma área territorial de 8.415,40km e está localizado na microrregião Sudoeste do Estado de Goiás, Centro-Oeste brasileiro. A cidade fica a 220km de Goiânia, capital do Estado, e a 42 km de Brasília, capital do Brasil.

Ademais, cumpre registrar que há um crescimento populacional flutuante com pessoas oriundas principalmente dos Estados do Norte e Nordeste do Brasil, que buscam emprego na região, vez se tratar o município de destaque no agronegócio brasileiro[16].

O município de Rio Verde é o maior produtor de soja do Estado, com uma média produzida de 579.600 toneladas. É também um importante produtor de arroz, milho, algodão, sorgo, feijão e girassol. Conta, ainda, com um significativo plantel bovino, avícola e suíno, assim como com indústrias no segmento de embalagens, de implementos rodoviários e maquinários agrícolas.

Sob o aspecto da educação, a cidade de Rio Verde abriga mais de cinquenta escolas próprias de primeiro grau, vinte e quatro escolas estaduais de primeiro e segundo grau e vinte particulares. Sendo, ainda, destaque em ensino superior e profissionalizante. Portanto, o município de Rio Vede se impõe como centro econômico de uma região em pleno desenvolvimento.

Ocorre que, inobstante ser um município pujante, Rio Verde ainda não conseguiu erradicar os bolsões de pobreza verificados em suas periferias. E mesmo com tantas escolas, cursos técnicos e cursos superiores disponíveis, existe dificuldade para os jovens de regiões mais distantes do centro, e por certo mais pobres, conseguirem se qualificar, ora pela incompatibilidade de horários de estudo e trabalho, posto que ofertas de trabalho advenham das agroindústrias e do segmento de carnes e processamento de grãos, ora em virtude da incompatibilidade entre a renda por estes auferida e o custo dos mencionados cursos.

---

[14] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). Cidades Goiás, 2015. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/. Acesso em: 16/05/2016.

[15] Mapa da Violência mostra cidades mais perigosas de Goiás. Disponível em: http://www.dinomarmiranda.com/2014/07/mapa-da-violencia-mostra-cidades-mais.html. Acesso em: 01/06/2016.

[16] Mobilidade populacional e relações de trabalho no município de rio Verde, Goiás, de 1970/2000: https://observatoriogeogoias.iesa.ufg.br/up/215/o/Silva_monica_mobilidade_populacional.pdf

Posto isto, ressalta-se que, conforme informação obtida junto à Delegacia de Polícia de Apuração de atos Infracionais (DEPAI), foram registrados, até 30 de maio de 2016, 119 boletins de ocorrência. Destes, extraiu-se 54 Autos de Investigação, onde se constatou a participação de 216 adolescentes, observando-se que destes, 31 tratavam-se de menores reincidentes na prática de ato infracional[17].

No mesmo documento, tem-se a informação de que o maior número de adolescentes infratores advém da região norte do município, onde se concentra a população mais carente do município, em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

Outro dado relevante diz respeito ao fato de que os atos infracionais praticados pelos menores no município de Rio Verde, no período apurado, estão relacionados ao desejo de consumo, porquanto se afiguram em furtos e roubos.

Neste sentido, segundo o juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Rio Verde/TJ-GO[18], existe em média de cinco a oito flagrantes de atos infracionais na cidade por semana. Os casos de flagrante incluem assalto, receptação, furtos, dentre outras infrações assemelhadas a crimes.

Para agravar a situação, e aumentar a sensação de insegurança para os moradores da região e a sensação de impunidade para os adolescentes, a cidade não conta mais com o Centro de Atendimento Socioeducativo (Case), cujo objetivo é internar adolescentes em conflito com a lei, desde o ano de 2009, quando a antiga unidade fora fechada, em razão de problemas de infraestrutura e, consequentemente, de segurança.

O Governo de Goiás, por meio da Secretaria Cidadã, reconhece o *déficit* de vagas para internação de adolescentes e afirma que tem trabalhado para suprir essa necessidade. No entanto, a meta de construção de um novo Case em Rio Verde é uma exigência que se prolonga por vários anos e as autoridades reclamam que o governo de Goiás já deveria ter entregado a obra. Logo, há ineficiência do Estado no cumprimento das obrigações em relação à proteção e reintegração de menores infratores (adolescentes em conflito com a lei).

Ora, sabe-se que o fato de existirem indivíduos em uma situação vulnerável faz com que exista uma desigualdade na sociedade. Assim, tem-se que a vulnerabilidade social seja formada por pessoas e lugares, que estão expostos à exclusão social, são famílias, indivíduos sozinhos, e é um termo geralmente ligado a pobreza. Normalmente, a pessoa que está nessa situação torna-se alguém excluída, impossibilitada de partilhar dos bens e recursos oferecidos pela sociedade, fazendo com que seja abandonada e expulsa dos espaços da sociedade, ou tenha seus direitos fundamentais negligenciados.

[17] Resposta à solicitação sobre quantitativo dos atos infracionais praticados no município de Rio Verde/GO, no primeiro semestre de 2016, e qual região residencial dos adolescentes 'infratores'. Oriunda da Delegacia de Polícia de apuração de Atos Infracionais – DEPAI.

[18] Jornal Folha da Cidade, edição de 11/05/2016. Acessado em 12/05/2016. Disponível em: http://www.jornalfolhadacidade.com/?p=4255

No entanto quando se pensa em vulnerabilidade familiar, há que se observar que para a família pobre, marcada pela fome e pela miséria, a casa representa um espaço de privação, de instabilidade e de esgarçamento dos laços afetivos e de solidariedade. Em outras palavras, a realidade das famílias pobres não traz no seu seio familiar a harmonia para que elas possam ser propulsoras do desenvolvimento saudável de seus membros, uma vez que seus direitos estão sendo negados. Nesse condão, tem-se que o adolescente, em fase evolutiva da vida, em que se busca uma nova forma de visão de si e do mundo, em conflito com a situação familiar, conhecerá não só as dificuldades na relação com a família, mas também com o meio externo. E a sociedade, nessa situação, receberá os reflexos dessa incapacidade para relação adequada do indivíduo. E no caso específico do adolescente, poderá gerar desordem social com a possibilidade de atos violentos ou, conforme denominação trazida pelo ECA, atos infracionais.

Portanto, é imperioso que a sociedade, assim como o Estado, busque pela realização dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. A tríade família, sociedade e Estado, prevista na Constituição Federal de 1988, não pode ser letra fria, sem efetividade. É preciso cooperação de todos, para que se alcance uma sociedade harmônica.

Neste particular, corroborando o até aqui exposto, trazemos ao debate o estudo denominado Liberdade assistida: punição e cidadania na cidade de São Paulo[19], que concluiu que o investimento preventivo melhoraria a qualidade de vida dos jovens e diminuiria, em médio prazo, a proporção de jovens que migram para o crime. “Escolas sucateadas ou mal equipadas, problemas de moradia e de saúde são alguns dos fatores que desestimulam os jovens e contribuem para sua exclusão tanto econômica quanto socialmente.” E é dessa exclusão (respeitadas às situações de patologias), que se originam os adolescentes em conflito com a lei, que tanto aterrorizam a sociedade atual.

Conforme relatado na pesquisa, a maior parte dos adolescentes autores de ato infracional acompanhados pela pesquisadora da Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo apresentavam defasagem escolar entre idade e série superior a dois anos, indicando que sofriam processos de exclusão na escola, como a repetência e a retenção.

CONCLUSÕES

O desenvolvimento deste trabalho levou à conclusão de que parte significativa dos furtos e roubos que acontece em Rio Verde são praticados por adolescentes, uma triste realidade que afeta inúmeros outros municípios espalhados pelo país.

A partir dos dados obtidos junto à DEPAI, pode-se constatar que os adolescentes em conflito com a lei no município de Rio Verde são oriundos dos bairros mais pobres da

[19] PAULA, Liana de. Liberdade assistida: punição e cidadania na cidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011 (Tese de Doutorado).

cidade e advêm de famílias em situação de vulnerabilidade, estando expostos a privações constantes e de toda ordem.

Isto ocorre porque, malgrado os tratados internacionais, a Constituição Federal Brasileira de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente assegurem normativamente os direitos à proteção, à dignidade e ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes como de índole humana e fundamental, a ineficiência do Estado e a incapacidade das famílias e da sociedade em prover efetivamente tais direitos tem levado os jovens brasileiros em situação de vulnerabilidade socioeconômica à marginalidade e à prática de violência.

Constatou-se, ademais, que o Estado e a sociedade se preocupam mais em punir os menores em conflito com a lei, do que em investir em políticas públicas de prevenção, verdadeira forma de socialização por meio da garantia do mínimo existencial e da educação formal de qualidade para que adolescentes reconstruam seus caminhos junto à sociedade – o que, por certo, dispensaria a ressocialização ou reeducação – meios inadequados de que o Estado dispõe na tentativa frustrada de recuperação social desses menores.

Contudo, para que programas de prevenção sejam efetivos, é indispensável a atuação de uma equipe interdisciplinar, assim como do esforço conjunto entre União, Estados e Municípios, em parceria com a iniciativa privada e com a sociedade civil, evitando-se, assim, a reprodução ininterrupta desse reprovável padrão de comportamento nas futuras gerações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal, 1998.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2008.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Genebra, 1924. Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html. Acesso em: 30/08/2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). Cidades Goiás, 2015. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/. Acesso em: 16/05/2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em: 01/09/2016.

PAULA, Liana de. Liberdade assistida: punição e cidadania na cidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011 (Tese de Doutorado).

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

A proteção jurídica do meio ambiente no MERCOSUL como direito fundamental humano

Maykel Ponçoni[1]

Resumo: O meio ambiente em sentido amplo é objeto de debate nas principais agendas internacionais, considerando seu aspecto coletivo, transnacional e natureza difusa. O meio ambiente se configura na ordem jurídica internacional como direito fundamental humano, decorrente de diplomas internacionais, notadamente a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – Estocolmo 1972. Preliminarmente, este artigo se dedica a uma perspectiva panorâmica da proteção ambiental no âmbito internacional. Em seguida, aborda o processo de integração do Mercosul como estratégia de desenvolvimento econômico regional, que não se limita aos fins econômicos, causando reflexos em outras áreas inclusive nas questões ambientais e direitos humanos fundamentais. Desta forma, é relevante buscar coletivamente mecanismos para preservar a natureza e proporcionar o desenvolvimento sustentável com uso adequado dos recursos naturais. Por fim, faz considerações sobre o sistema de solução de controvérsias ambientais internacionais do Mercosul.

Palavras-chave: Mercosul, Meio ambiente, Direito humano, Desenvolvimento sustentável, Sistema de solução de controvérsias.

ABSTRACT: The environment in the broad sense is the subject of debate in the main international agendas, considering their collective aspect, transnational and diffuse nature. The environment is configured in international law as a fundamental human right, arising from international instruments, notably the United Nations Conference on the Human Environment - Stockholm 1972. Preliminarily, this article is dedicated to a panoramic view of environmental protection at the international level. Then discusses the process of integration of Mercosur as a regional economic development strategy, which is not limited to economic purposes, causes reflections in other areas including the environmental issues and fundamental human rights. Thus, it is relevant collectively seek mechanisms to preserve nature, provide sustainable development and proper use of natural resources. Finally, it raises questions about the settlement system of international environmental disputes Mercosur.

Keywords: Mercosur, Environment, Human rights, Sustainable development, System dispute Settlement.

[1] Mestranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, doutora em Ciência Jurídicas e Sociais pela Universidade Museo Social Argentino, especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho - RJ, servidora na Unidade Setorial de Correição do Governo do Estado de Mato Grosso. E-mail: maykel.p@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A evolução das ciências e o desenvolvimento dos meios produtivos, intensificou os efeitos da ação humana sobre os recursos naturais, causando maior degradação ambiental.

Como consequência, surge a necessidade de incluir nas pautas das discussões em âmbito internacional a preocupação com as questões relacionadas ao meio ambiente, inclusive porque os danos ambientais não respeitam as fronteiras territoriais.

Pode ser considerado como o primeiro alerta geral sobre a gravidade dos riscos ambientais, o reconhecimento internacional da proteção do meio ambiente como direito fundamental humano, na Conferência da Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – Estocolmo de 1972, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Desde esse período, ocorreu a expansão da tutela ambiental e fortalecimento do direito internacional ambiental, com intensa multiplicação de acordos ambientais multilaterais.

No contexto mundial de globalização, seguindo a tendência de criação de blocos regionais de desenvolvimento econômico e social, criou-se o Mercosul, com a assinatura do Tratado de Assunção em 1991, inspirado na União Europeia.

Esse processo de integração dos Estados da América do Sul, formado originalmente pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, posteriormente ingressou a partir de 2012 a Venezuela como Membro Pleno do Mercosul e a Bolívia está em processo de adesão.

Pode ser visto como uma opção política em busca de objetivos comuns, no sentido de fortalecer os Estados participantes.

Essa formação de um bloco de Estados da América do Sul como estratégia de desenvolvimento econômico regional, não se restringiu aos fins econômicos pois causa reflexos em outras áreas, inclusive nas questões ambientais, educação, redução de assimetrias e direitos humanos fundamentais, que entraram na pauta de assuntos tratados pelo bloco.

O Mercosul desde sua formação faz Menção as questões ambientais, no seu tratado constitutivo e no Acordo-Quadro sobre o meio ambiente.

Os mecanismos para preservar a natureza, proporcionar o desenvolvimento sustentável, com uso adequado dos recursos naturais, devem ser discutidos coletivamente.

As soluções de controvérsias ambientais devem ser analisadas para além da ideia clássica de soberania, porque no atual mundo globalizado é inconcebível que os Estados, diante de fatos relevantes em matéria ambiental, resolva de forma individual, sem a cooperação de outros membros da sociedade internacional.

1. A PREOCUPAÇÃO INTERNACIONAL DE REGULAMENTAR A PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL HUMANO

O agravamento da situação ambiental deu origem a uma ideologia ambiental, em que a ciência do direito tem um papel essencial, porque é uma ciência humana e social, com princípios e regras para organizar a vida em sociedade.

A maior valorização do aspecto econômico do crescimento do que a preservação da natureza e sustentabilidade, tem como resultado danos ambientais.

Nesse cenário, a trajetória histórica ocupa neste estudo um papel secundário, pois pretende demonstrar apenas alguns dos principais momentos de desenvolvimento de normatização da proteção do ambiente no âmbito internacional.

A Organização das Nações Unidas organizou grandes eventos internacionais, com o objetivo de reunir representantes de vários Estados para discutir questões problemáticas relacionadas ao meio ambiente e de interesse global, em busca de encontrar em conjunto soluções, prioridades e propostas para o bem de todos.

A primeira reunião realizada em Estocolmo em 1972; a segunda no Rio de Janeiro em 1992; a terceira ocorreu 30 anos após a primeira, em Joanesburgo - África do Sul, também conhecida como Rio + 10 ou Conferência Internacional sobre o Desenvolvimento Sustentável, e a quarta também foi nomeada a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, conhecida como Rio + 20, realizada na cidade do Rio de Janeiro em junho de 2012.

A humanidade começou a refletir sobre a necessidade de proteger os recursos naturais e na Primeira Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Estocolmo de 1972, deu origem ao reconhecimento mundial da importância da discussão e mobilização destinada a conservar o meio ambiente e o equilíbrio ecológico global.

Resultou dessa reunião a Declaração sobre o Ambiente Humano, cujo objetivo principal é abordar "a necessidade de um ponto de vista e princípios comuns para inspirar e guiar os povos do mundo na preservação e melhoria do meio ambiente."

A partir dessa conferência, cujo resultado significativo foi o desenvolvimento de uma declaração princípios (Declaração de Estocolmo), o mundo gradualmente mudou as normas dando tratamento diferente para os problemas ambientais.

Seguindo essa lógica surge o desenvolvimento sustentável, criado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, para debater e recomendar meios de harmonizar o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental.

Percebe-se que a essência do desenvolvimento sustentável surgiu na Declaração de Estocolmo em 1972.

Todavia, foi durante a Conferência do Rio de Janeiro de 1992 (ECO 92), que o conceito do Desenvolvimento Sustentável foi adicionado como um princípio, sendo definido como o desenvolvimento capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem as suas necessidades.

Ainda, durante a ECO 92 foram projetadas metas, a serem seguidas pela comunidade internacional preocupada com o aumento da devastação ambiental.

O desenvolvimento sustentável tem princípios implícitos em muitas das conferências da ONU, incluindo ainda a Segunda Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos realizada em Istambul,1999, a Sessão Especial da Assembleia Geral sobre Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento em Nova York no mesmo ano e a Cúpula do Milênio em 2000, que em seus objetivos de Desenvolvimento do Milênio prevê “Garantir a sustentabilidade ambiental”.

A posição internacional de resolver os problemas ambientais, levou ao surgimento de um novo ramo do direito, caracterizada por tratamento específico para a proteção do ambiente.

Federico Augusto di Trindade Amado define direito ambiental Internacional como:

> o conjunto de normas jurídicas escritas e consuetudinárias, instituídas por pessoas jurídicas de direito das gentes (Estados soberanos e organizações internacionais), que regulam a intervenção humana sobre o meio ambiente com um foco supra-nacional, objetivando a cooperação entre os povos para a

> consecução de um equilíbrio ambiental mundial para as presentes e futuras gerações.[2]

Posicionamento adicional pode ser extraído sobre a autonomia do direito ambiental, da obra sob a coordenação de José Joaquim Canotilho:

> Por nossa parte defendemos a idéia segundo a qual se pode e deve falar em Direito do Ambiente não só como campo especial onde os instrumentos clássicos de outros ramos do Direito são aplicados, mas também como disciplina jurídica dotada de substantividade própria. Sem com isso pôr de lado as dificuldades que tal concepção oferece e condicionamentos que sempre terão de introduzir-se a tal afirmação. Ao longo do tempo, a necessidade de preservar o meio ambiente no cenário mundial, resultou na emissão de declarações e tratados internacionais que formaram a base para a formação de leis ambientais nacionais em vários países.[3]

Os tratados internacionais na terminologia jurídica, são acordos escritos entre Estados e regidos pelo direito internacional. Estabelecem uma relação entre Estados e geralmente afetam apenas as pessoas através de legislação nacional, incorporada pelos signatários.

O não cumprimento das obrigações contidas nos tratados gera uma responsabilidade internacional.

2. O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL COMO ESTRATÉGIA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL

O Mercosul ou Mercado Comum do Sul é um projeto de integração econômica, uma organização regional fundada em 26 de março de 1991, com a assinatura no Tratado de Assunção para o estabelecimento de um mercado comum.

Trata-se de uma continuação dos esforços históricos feitos pelos Estados partes que o compõem, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai e posteriormente Venezuela, que solicitou a adesão no final de 2005 e somente foi aprovado a entrada como membro pleno do Mercosul, a partir de 2012, ou seja, mais de 20 anos após a criação do Mercosul, caracterizou o primeiro aumento desde a criação.

O bloco encontra-se em fase de implantação e expansão, uma vez que em Brasília, na reunião da Cúpula do Mercosul, o presidente da Bolívia, Evo Morales,

---

[2] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental Esquematizado***.** 2 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 28.
[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). *Introdução ao Direito do Ambiente***.** Universidade Aberta, 1998.

assinou o protocolo de adesão para o país se tornar o sexto membro pleno do bloco. Iniciou as negociações formais para a entrada, mas até a sua eficácia vai ter que passar por todo o processo que requer a decisão de ratificação de cada um dos cinco integrantes.

Os Estados Partes expressam valores comuns, tem compromisso com a consolidação da democracia, da segurança jurídica, o combate da pobreza e o desenvolvimento econômico social.

O Tratado de Assunção está aberto, por meio de negociação, prevê, no art. 8º, letra "c", "os Estados Partes devem consultar-se para negociar esquemas de redução tarifária abrangentes, visando a formação de áreas de livre comércio com outros países membros da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).

Desta forma, fica evidente que o Mercosul é caracterizado por um regionalismo aberto, a fim de aumentar o comércio regional e de estimular o comércio com países terceiros.

Conforme Raul Granillo Ocampo na obra Direito Internacional Público da Integração:

> Mercosul não só envolve a criação de um espaço geográfico integrado, mas também a construção de uma comunidade ou encomenda jurídica, dotado de uma organização capaz de garantir coercivamente as regras do sistema e as regras que se manifestam através de várias fontes legais, todos caracterizados pelo fato de que podem ser impostas por coerção, embora, em algumas circunstâncias, esta regra de restrição depende de outro aplicativo.[4]

O objetivo primário estabelecido no artigo 1º do Tratado de Assunção é a integração dos Estados Partes através da livre circulação de bens, serviços e fatores de produção, o estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), a adoção de uma política comercial comum, a coordenação dos estrangeiros macroeconômica e setorial, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, as políticas de comércio de serviços, os costumes, os transportes e comunicações e outros, e harmonização da legislação em áreas relevantes.

Apesar do Mercosul mencionar no preambulo do Tratado constitutivo que tem como objetivo alcançar mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos

[4] OCAMPO, Raúl Granillo. *Direito Internacional Público da Integração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 21.

disponíveis, a preservação do meio ambiente, não aborda especificamente sobre a temática ambiental.

Logo, a Declaração de Canela firmada em 1992 entre os Estados Partes do Mercosul mais o Chile, pode ser considerado o primeiro documento a respeito da proteção ambiental do Mercosul.

Destaca-se como uma ação conjunta para preservar o meio ambiente a aprovação da Resolução n. 22/92, que criou a Reunião Especializada em Meio Ambiente (REMA) e tinha como função analisar a legislação vigente em matéria ambiental nos Estados Partes do Mercosul e a proposta de ações de proteção ambiental, por meio de recomendações ao Grupo Mercado Comum.

Na primeira Reunião Especializada, em junho de 1995, foi aprovada a Declaração de Taranco.

Em reconhecimento ao trabalho desenvolvido pela REMA, por meio da Resolução Mercosul do Grupo Mercado Comum - GMC n. 20/95, que reestruturou o Grupo e substituiu a REMA pela criação do Subgrupo de Trabalho n. 6 (SGT-6) Meio Ambiente, que se reúne duas vezes por semestre em torno da pauta ambiental do Mercosul

Seu objetivo geral consiste em formular e propor estratégias, diretrizes para garantir a proteção e a integridade do meio ambiente nos Estados Partes conforme a Resolução GMC n. 38/95.

Destaca-se entre as medidas adotadas pelo Subgrupo a Recomendação n. 4/97, que foi aprovada pelo Conselho do Mercado Comum (CMC) em 22 de junho de 2001 através da Decisão n. 02/01, e entrou em vigor em junho de 2004.

Essa referida decisão do CMC aprovou o Acordo Marco sobre Meio Ambiente do Mercosul, por meio do qual os Estados Partes ratificam seu compromisso com os princípios da Declaração do Rio de 92 sobre meio ambiente e desenvolvimento, que tem como objetivo o desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente.

Em 2004 foi aprovado o Protocolo Adicional ao Acordo Marco sobre Meio Ambiente e Mercosul em matéria de Cooperação e Assistência ante as Emergências Ambientais, com o fim de regulamentar a ações de cooperação e assistência ante as emergências ambientais.

Além de firmar tratados de proteção ambiental da região, o Mercosul firmou acordos com terceiros países sobre a temática, sendo tais: o Acordo Marco Inter-regional de Cooperação entra a Comunidade Europeia e seus Membros e o Mercosul

e seus Estados Partes, em 1995 e o Entendimento de Cooperação em Matéria de Comércio e inversão entre o Canadá e o Mercosul, em 1998.

Dessa maneira, o Mercosul não deve ser visto apenas como uma questão ambiental regional e sim global, com enfoque ao desenvolvimento sustentável para preservar os direitos fundamentais da humanidade.

3. A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO SISTEMA DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL

Originalmente o Tratado de Assunção estabeleceu as normas referentes aos dissensos que surgissem no processo de transição.

No seu Anexo III, o documento apenas limitou-se a assegurar a solução de litígios às instâncias cabíveis. Além disso, determinou uma data limite para o pretendido Sistema de Solução de Controvérsias, que deveria estar funcionando até 31 de dezembro de 1994.

Todavia, os Estados Partes decidiram adotar o desenvolvimento do sistema de solução de controvérsias através da elaboração de protocolos e com base nas normas estabelecidas no direito originário do Mercosul.

O primeiro protocolo anexo firmado pelos Estados Partes foi Protocolo de Brasília, em 17/12/1991 para garantir o cumprimento do Tratado de Assunção.

Nessa fase do Mercosul, o sistema de solução de controvérsias previa três fases: a negociação direta entre as partes ou diplomática (15 dias); conciliação com intervenção do Grupo Mercado Comum (30 dias) e a etapa arbitral do Tribunal *Ad Hoc* (60 a 90 dias).

As decisões proferidas eram materializadas em laudos arbitrais "inapeláveis, obrigatórios para os Estados Partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação e terão relativamente a eles força de coisa julgada" nos termos do art. 21 do Protocolo de Brasília e deveriam ser cumpridos em um prazo de quinze (15) dias, a menos que o Tribunal Arbitral fixe outro prazo.

Naquela ocasião, era possível a submissão do conflito ao sistema estabelecido no Mercosul ou ainda levá-lo a OMC – Organização Mundial do Comércio, caracterizando a duplicidade de foro e consequente possibilidade de decisões díspares.

Tal situação ocorreu factualmente entre a Argentina e o Brasil na investigação antidumping, relacionada à exportação de frangos inteiros, isso porque a decisão inicial proferida pelo Quarto Tribunal Arbitral foi diversa daquela proclamada pela OMC, o que não produziu a sensação de segurança jurídica esperada.

Outro caso relevante foi o conflito entre Uruguai e Argentina, conhecido como crise das papeleiras se refere ao litígio iniciado em 2002, devido à autorização fornecida pelo governo uruguaio a empresas espanhola Ence S.A. e finlandesa Ou Metsã-Botnia Ab (“Botnia”) para construção de duas fábricas de papel e celulose nas margens do transfronteiriço Rio do Uruguai.

A construção das duas usinas de celulose, que desencadeou a disputa jurídico-diplomática mais complexa já enfrentada pelo processo de integração sul-americano, permeada por articulações políticas e disputas comerciais que ultrapassam os limites regionais.

O caso foi submetido tanto ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul, como à Corte Internacional de Justiça.

A repercussão internacional alcançada e países envolvidos, na crise das papeleras, despertou o debate sobre as conquistas e dos fracassos do Mercosul, e a relevância foro regional.

As alegações de descumprimento das normas do Mercosul, podiam ser julgadas quando feitas por um Estado Parte contra outro, ou por agente privado, que acionava O Uruguai solicitou a instalação de um Tribunal Arbitral Ad Hoc no âmbito do Mercosul.

Paralelamente, o governo argentino acionou o Uruguai perante a Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas. Alegou a violação de obrigações decorrentes do Estatuto do Rio Uruguai.

O episódio das papeleiras tem uma parcela de responsável pelo enfraquecimento do Mercosul, já que era uma disputa entre Estados Partes e buscaram uma resolução extra-regional. Tal incidente demonstra a fragilidade a qual estaria submetido o bloco econômico.

Assim, nas primeiras decisões a respeito de conflitos no Mercosul, a sistemática de solução se mostrou falha e requereu mudanças, sobretudo para não ocasionar o descrédito institucional, tendo sido incluída na agenda de relançamento do bloco.

Com o advento do Protocolo de Ouro Preto, no qual o anexo refere-se ao Procedimento Geral Para Reclamações ante a Comissão de Comércio do Mercosul, passou a ser possível o início do sistema de solução de controvérsias pela Comissão de Comércio do Mercosul, e somente as questões não resolvidas nessa sede passam a ser enviadas ao Grupo do Mercado Comum e, posteriormente, se necessário para o Tribunal Arbitral.[5]

Em 18 de fevereiro de 2002, ocorreu o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias.

Reconhecendo a necessidade de evoluir o processo de integração no âmbito do Mercosul e considerando a necessidade de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do Mercosul, de forma consistente e sistemática.

Os Estados Partes integrantes do Mercosul, modificaram o sistema de solução de controvérsias para consolidar a segurança jurídica no âmbito do Mercosul e assim firmaram o Protocolo de Olivos.

Sendo o Mercosul é um projeto de construção de um mercado comum, ainda não é um forte bloco econômico, encontra-se na fase da união aduaneira, o que requer a implementação dos objetivos do Tratado, nas relações econômicas dos Estados Partes e Estados Associados.

Assim, tanto a nível nacional e internacional, é indispensável o respeito aos princípios democráticos, com a participação efetiva de representantes de cada Estado Parte nas decisões e políticas do Mercosul.

4. A ATUAL SISTEMATICA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL

Os conflitos podem ocorrer entre os diversos sujeitos: entre os Estados, entre Estado e Organização Internacional, entre Estado e indivíduo, entre Estado e pessoa jurídica, entre as Organizações Internacionais, entre Organização Internacional e indivíduo, entre Organização Internacional e pessoa jurídica, entre os indivíduos, entre indivíduo e pessoa jurídica e entre as pessoas jurídicas.

[5] JOSLIN, Érica Barbosa; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Protocolo de Olivos e a Soluç ão de Contrové rsias no Mercosul*. Revista Forense, Rio de Janeiro, RJ, v. 392, p. 191-208, jul.- ago. 2007, p. 3.

A Corte Internacional de Justiça, em Haia, quando da emissão do parecer no caso Mavrommatis (1924) entendeu como conflito internacional: "todo desacordo sobre certo ponto de direito ou de fato, toda contradição ou oposição de teses jurídicas ou de interesses entre dois Estados".

O Art. 33-1 da Carta das Nações Unidas estabelece que:

> 33-1 As partes numa controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, via judicial, recurso a organizações ou acordos regionais, ou qualquer outro meio pacífico à sua escolha.

A utilização da terminologia conflito pela Corte Internacional de Justiça, refere-se em sentido amplo às formas de desacordo entre Estados primordialmente, mas não se limita a esses casos, isso porque de igual maneira remonta também aos desacordos entre os demais agentes do direito das gentes, especialmente organizações internacionais.

A partir da análise do Art. 33-1 da Carta das Nações Unidas, percebe-se que estão disponibilizados diversos meios de solução de controvérsias ou litígios, mas sem que haja entre eles qualquer espécie de hierarquia ou escalonamento para utilização.

Dessa maneira, resta aos sujeitos envolvidos a liberdade de escolha quanto ao meio que deva ser utilizado na solução dessas questões, não havendo qualquer objeção de antecedência aos meios diplomáticos, jurisdicionais ou políticos.

O que se torna relevante nessas situações é a opção por um meio pacífico de solução, ainda que ele não esteja estabelecido como meios de solução de controvérsias no Art. 33-1 da Carta das Nações Unidas, uma vez que o rol constante no dispositivo não é taxativo.

A partir das definições estabelecidas, os conflitos internacionais podem ser divididos entre jurídicos e políticos.

O conflito jurídico se caracteriza pela ocorrência de suposta infração acerca da aplicação ou interpretação do direito, por meio de violação de tratados e/ou convenções internacionais ou de disposições do direito internacional propriamente dito.

O conflito político acontece quando ocorrem divergências nos patamares econômicos ou políticos, que venham a ofender a dignidade ou a honra de um Estado.

Diante da necessidade de se criar uma estrutura competente para atender aos dissensos e conflitos que surgissem das relações comerciais, econômicas e sociais entre os Estados Partes do Mercosul.

Inspirado no modelo de Haia, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul adota da jurisdição facultativa, expressada por meio dos Tribunais *ad hoc* e também pela fase de negociações diretas, preliminar à fase litigiosa.

O Protocolo de Olivos, foi ratificado com as inovações de despejo certeza sistemáticas e legais. Estabeleceu a prioridade na resolução de conflitos, determinando a negociações diretas entre as partes, dentro de um período máximo de 15 dias.

Paralelo a este contexto, as partes devem informar o Grupo Mercado Comum sobre a evolução do estágio das negociações.

Caso a negociação direta for ineficaz, qualquer das partes pode dar início ao procedimento arbitral.

As principais inovações introduzidas pelo Protocolo de Olivos foram a criação de um Tribunal Permanente de Revisão, a regulamentação de medidas compensatórias, a limitação objetivo da alegação proposta, a intervenção facultativa do Grupo Mercado Comum, a possibilidade de escolha do foro e reclamações por particulares.

O Tribunal Permanente de Revisão com sede em Assunção no Paraguai, tem o objetivo de trazer homogeneidade às decisões e estabilidade institucional.

Constitui um Tribunal notoriamente arbitral, com caráter temporária, haja vista que poderá ser revisto durante a implementação da tarifa externa comum.

As funções do Tribunal Permanente de Revisão podem ser descritas sob três aspectos: instância recursal, instância única e consultiva.

Ao agir como instância Recursal, o Tribunal irá apreciar em sede de recurso, a decisão proferida pelo Tribunal Arbitral *ad hoc* no prazo de 15 dias, sendo a matéria a ser analisado em grau recursal unicamente de direito ou sobre a interpretação legal, conforme descrito no laudo arbitral.

Em seu papel como uma única instância, o Tribunal Permanente de Revisão deverá decidir a disputa de uma única instância, desde que, a pedido das partes, inclusive impondo a coisa julgada e da impossibilidade de rever a solução.

A último hipótese refere-se ao papel consultivo do órgão para a interpretação uniforme do direito da integração.

Ante a possibilidade de violação da decisão proferida, foi previsto a regulamentação de medidas compensatórias, a fim de alcançar a sua dosimetria, usando a proporcionalidade.

A partir de Olivos, a intervenção do Grupo Mercado Comum se torna um poder a ser exercido ou não pelas partes, e até mesmo abre a possibilidade de um terceiro Estado fora do conflito, solicitar que o Grupo participe das negociações.

No que diz respeita à escolha do foro, vale a pena notar que iniciado o procedimento em uma determinada jurisdição, as partes não podem usar outro.

Os Estados Partes envolvidos em uma determinada controvérsia, que legalmente pode ser abordada tanto no âmbito do Mercosul, quanto em outro sistema de solução, e se eles fazem parte deste sistema, pode escolher entre um ou outro, sendo a duplicidade do fórum vedada.

Finalmente, os particulares adquirem legitimidade para reivindicar a possível violação de regras do Mercosul e deve cumprir os requisitos do Protocolo.

A reclamação será feita inicialmente na Seção Nacional do Grupo Mercado Comum da residência ou sede da pessoa, momento em que sofrerá um julgamento de admissibilidade, e caso seja positivo, será submetido ao Grupo Mercado Comum para a sua apreciação e emissão de parecer.

Note-se que, assim como os Protocolos de Brasília e Ouro Preto, no Olivos o sistema permaneceu arbitral, é claro, sem prejuízo da utilização de meios políticos e diplomáticos para resolver as controvérsias.

Apesar do protocolo de Olivos conter as inovações que contribuíram positivamente, há uma expectativa pela criação de um Tribunal Judicial supranacional, nos moldes do Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de uniformização da aplicação do direito e suas interpretações no contexto da integração.

No entanto, este desejo e até mesmo a provisoriedade do Tribunal Permanente de Revisão, deve levar em conta, o grau de maturidade e segurança, tanto política quanto jurídica do Estados que fazem parte do Mercosul. Isso porque há diferenças notáveis em relação à União Europeia, razão pela qual no momento, não parece exequível de forma eficaz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A percepção da amplitude e imprescindível proteção ao meio ambiente em âmbito global é demonstrada através das várias conferências, organizações internacionais que se dedicam à proteção do meio ambiente, acordos e tratados firmados internacionalmente e recepcionados pela legislação interna dos Estados, que geram deveres e obrigações.

Inserir o meio ambiente como direito fundamental permite ampliar a efetividade na sua proteção, visando um desenvolvimento sustentável que incluía as próximas gerações.

Os Estados Partes que compõem o sistema de integração regional da América do Sul devem adotar políticas convergentes, para reprimir os conflitos interestatais e evitar as impunidades com relação aos danos ambientais.

A verificação dos meios de solução de controvérsias no Mercosul, aponta inicialmente que tanto o Protocolo de Brasília como de Protocolo de Ouro Preto, revelaram a opção de bloco para resolver os conflitos através de meios não-judiciais, ou seja arbitragem.

Em seguida, o Protocolo de Olivos trouxe evoluções positivas ao sistema, inclusive instituindo o Tribunal Permanente de Revisão, mas ainda se espera a criação de um Tribunal Judicial supranacional, nos moldes do Tribunal de Justiça da União Europeia, para uniformizar a aplicação do direito e suas interpretações no contexto da integração regional.

Dentro do contexto de globalização, as soluções devem ser buscadas em conjunto, com implantação de políticas públicas voltadas à educação ambiental e ao desenvolvimento sustentável.

O reconhecimento do meio ambiente como um direito fundamental humano, adiciona aos Estados Partes o deve ser respeitado e seguido por todos, pois essa é forma adotada pela ordem jurídica para possibilitar o desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ALADI. Associação Latino-americana de Integração. Disponível em: < http://www.aladi.org/sitioAladi/quienesSomosP.html>. Acesso em: 10 abr. 2016.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental Esquematizado***.** 2 ed. São Paulo: Método, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). *Introdução ao Direito do Ambiente***.** Universidade Aberta, 1998.

FURLAN, F. M. *O Tribunal do Mercosul.* Foro Empresarial, Evento IV Plená ria do MEBF em Brasıĺ ia, 02 de setembro de 2004.

JOSLIN, Érica Barbosa; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Protocolo de Olivos e a Soluç ão de Contrové rsias no Mercosul*. Revista Forense, Rio de Janeiro, RJ, v. 392, p. 191-208, jul.- ago. 2007.

MEDEIROS, Marcelo de Almeida and SARAIVA, Miriam Gomes. *Os atores subnacionais no Mercosul: o caso das Papeleras. Lua Nova* [online]. 2009, n.78. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452009000300007> Acesso em: 04 ago. 2016.

MERCOSUL. *Laudos Arbitrais*. Disponível em: <http:www.mercosur.org.uy>. Acesso em: 10 ago. 2016.

MERCOSUL. *Protocolo de Brasília*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0922.htm>. Acesso em: 07 ago. 2016.

MERCOSUL. *Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm>. Acesso em: 07 ago. 2016.

MERCOSUL. *Protocolo de Ouro Preto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm >. Acesso em: 04 ago. 2016.

MERCOSUL. *Tratado de Assunção*. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado_de_Assuncao..pdf >. Acesso em: 05 ago. 2016.

OCAMPO, Raúl Granillo. *Direito Internacional Público da Integração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. *Pena e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012.

ONU. *Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano*. Disponível em: < www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc> Acesso em: 04 ago. 2016.

Liberdade de escolha ao acesso ao poder judiciário

Luciane Mara Correa Gomes[1]

Tauã Lima Verdan Rangel[2]

Resumo

O Estado, ao assegurar aos indivíduos liberdade, garantia e igualdade, está preservando a partir das condições sociais e financeiras um ponto equalizador ao acesso à prestação jurisdicional. Desta forma, pode-se compreender que ao garantir os direitos fundamentais executa mecanismos para entregar o resultado de uma demanda que contemple as expectativas do homem mediano, garantindo a paridade de armas na busca de seus direitos. Através da implementação de políticas públicas, guarnecendo proteção estatal e proporcionando mecanismos processuais que possibilitem ao indivíduo a eficácia do resultado. Enquanto o Estado se incumbe de proteger a parcela mínima de direitos, ele deve viabilizar ao individuo o meio pelo qual ele buscá-la, bem como assegurar que ele venha exercer o direito de opção na adoção do meio de acesso. Enquanto delineadores da investigação, a pesquisa irá analisar se a mediação contempla a proteção de direitos humanos e em sendo, se torna efetiva a entrega de tais direitos. Ressaltando que na escolha pela mediação o jurisdicionado terá a estrutura para executar o modelo de acesso pretendido e não imposto pelo Estado.

Palavras chave: Direitos Humanos. Acesso ao Judiciário. Princípio da Liberdade.

Abstract

The State, to ensure that individuals freedom, security and equality, is preserving from the social and financial conditions an equalizer point of access to judicial services. Thus, one can understand that to guarantee the fundamental rights performs mechanisms to deliver the result of a demand that addresses the expectations of the average man, ensuring parity of weapons in pursuit of their rights. Through the implementation of public policies, garnishing state protection and providing procedural mechanisms that allow the individual the effectiveness of the result. While the state undertakes to protect the minimum portion of rights, it should enable the individual the means by which he get it and ensure that it will exercise the right of option in the adoption of means of access. While eyeliners research, the research will examine whether mediation contemplates the protection of human rights and which becomes effective delivery of such rights. Emphasizing that the choice for mediating the claimants will have the structure to perform the desired access model and not imposed by the State.

Keywords: Human Rights. Access to the courts. Freedom Principle.

---

[1] Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora no Centro Universitário Augusto Motta e Faculdade Mercúrio.

[2] Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (RJ). Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (RJ). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo (ES). Professor do Centro Universitário São Camilo (ES).

Introdução

O presente trabalho foi problematizado a partir da crescente ideia, que é equivocada, de que o Estado deve sempre entregar o resultado dos conflitos sociais existentes. O acesso à prestação jurisdicional não deve ser observado como mais ou menos eficaz, se o conflito for solucionado pelas próprias partes interessadas ou se posto a termo pelo Poder Judiciário. Esta reflexão é feita com a análise das garantias processuais ofertadas pelo poder público, como métodos de solução e administração de conflitos.

A garantia ofertada pelo Estado de que não haverá o afastamento da prestação jurisdicional nas hipóteses em que o direito estiver em iminência de violação ou já tiver sido violado, não é o conector para exigir que esta solução seja exclusivamente apresentada pelo Poder Judiciário.

É necessário ter consciência que, a depender dos interessados na resolução da demanda, que haja, primeiramente, a adoção de condutas que visem romper barreiras econômicas, obstáculos geográficos e ações burocráticas. Para, num segundo momento, possa conceder o acesso à prestação jurisdicional, fato que deve ser pontuado é que seja revestido da possibilidade do interessado optar pelo método irá recorrer para o exercício do seu acesso. Buscar esta liberdade de acesso passou a ser uma preocupação que merece estudo a partir da vigência do Código de Processo Civil brasileiro que estabeleceu como regra obrigatória, a submissão de litígios de natureza civil a conciliação e a mediação.

O problema reside no fato de que os tribunais brasileiros encontram-se demasiadamente congestionados, a ponto de não entregar uma prestação eficaz, considerada como apresentada de forma a superar o conflito em um lapso temporal que não faça cair no esquecimento, que chegue à mesma proporção do dano causado e que o interesse colidido não seja mais objeto de atritos. Desta forma, delineia o problema da pesquisa como sendo a possibilidade de conceder ao indivíduo a liberdade de escolher sob que modelo deseja ter seu conflito resolvido, não uma imposição legal que viola a essência dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

Passando a ser o objetivo geral do estudo, identificar se no exercício desta liberdade, ao optar pela mediação, correspondente a uma técnica capaz de resolver conflitos sociais, estaria exercendo uma abordando especificamente a capacidade de o indivíduo tomar parte deste método, em virtude de não haver igual distribuição

de rendas, coincidindo ainda com aspectos sociais e culturais visíveis em segmentos da sociedade brasileira que vão evidenciar a desigualdade em alguns litígios. Por derradeiro, avaliar se os indivíduos estão qualificados para desempenhar o papel de colaboradores para a resolução dos conflitos.

A metodologia aplicada será a análise documental, visto que a mediação já produz no Brasil resultados inaugurais, a partir de sua regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2010, quando não era uma via obrigatória, até a vigência da Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, que tornou a mediação uma fase processual compulsória.

A pesquisa assume perfil bibliográfico a partir dos conceitos deduzidos para a observação dos dados e constar se a mediação pode ser explorada como meio para assegurar uma sociedade livre, justa e organizada, desconstruída de modelos amalgamados, sendo o marco teórico o estudo da obra de Luis Alberto Warat e Aurélio Wander Bastos.

Na conclusão, o trabalho aponta para as possíveis resultados e soluções atribuíveis a garantia da liberdade de escolha ao acesso ao Judiciário.

2. GARANTINDO SOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MÉTODOS ALTERNATIVOS.

É possível assegurar a funcionalidade de outras técnicas alternativas à solução de conflitos, sem que se trate, exclusivamente da submissão da contenda a jurisdição. Este questionamento foi objeto de estudo por um vasto número de pesquisadores para estabelecer um divisor de águas no direito processual. Isto se deve ao fato de que não caberia dissociar o Direito da Sociologia, em especial, quando a sociedade está permeada de novas situações fáticas que ainda não foram submetidas à regulamentação pela ciência jurídica. Bem como a existência de conflitos de ordem social e pertinente ao campo jurídico que são circundadas por aspectos psicológicos ou antropológicos que inspiram uma análise mais profunda.

Considerando que, diante de uma explosão de demandas judiciais, a partir de um alargamento no conhecimento pelos indivíduos de seus direitos, como também a partir da conscientização destes agentes de que são portadores de direitos e são impulsionados a promover a defesa de seus interesses pela via judicial, não se pode refutar a existência ou a coabitação de técnicas que exerçam a função de diminuição do conflito e, em alguns casos, de sua resolução. Um dos fatores que deverão ser avaliados é o impacto da desigualdade havida entre as

partes que estão em posições diferenciadas dentro da sociedade. Neste aspecto, cabe transcrever o posicionamento de Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012, p. 390) no que se refere à universalização do acesso à Justiça pelas pessoas hipossuficientes. Não basta garantir o direito à distribuição de uma demanda no Poder Judiciário, salutar se faz obter o auxílio de um advogado para promover a defesa das partes ou até mesmo decifrar as leis cada vez mais complexas.

Aqui importante trazer a consideração o posicionamento de Aurélio Wander Bastos (2001, p.115) a despeito da importância do Poder Judiciário no contexto social e sua necessidade de abertura às novas violações que reclamam a proteção legal:

> "(...) no quadro da crise política, o que o Poder Judiciário precisa é reconhecer os seus próprios limites e programas as suas reformulações, tendo em vista as suas tradicionais competências, os efeitos residuais dos fatos sociais novos, os fatos consuetudinários que necessitem de proteção legal, as próprias relações sociais juridicamente desprezadas, o envolvimento judicial nos conflitos em processo de complexificação e, especialmente, o seu papel nos conflitos de poderes".

Entender o ritualismo do Poder Judiciário, através dos atos processuais tanto dos envolvidos, quanto do juiz e dos auxiliares da justiça é uma odisséia da qual, sinteticamente, se buscará fazer para aclarar a compreensão da ordem jurídica pelo homem mediano que tem a necessidade de recorrer ao Estado para ter a garantia de um direito violado.

O desenvolvimento do processo dá-se por atos que são praticados pelas partes conflitantes e, por vezes, por agentes que sequer têm conhecimento do que ocorre naquela relação social. Estes atos processuais são cadenciados por um ritmo a ser adotado no momento que o conflito social já está instalado e não pode mais ser suportado e sufocado pelos envolvidos, sem argumentos ou razões para diminuir esta área de atrito.

O papel do Estado, sedimentado pelo pacto social, ao dizer a quem a norma jurídica protege neste contexto de posições contraditórias é de suma importância na contenção dos conflitos na medida em que há necessidade e expectativa das partes (BASTOS, 2001, p. 34). Por esta razão, é possível identificar que o debate deve ser deduzido a partir da capacidade que a estrutura amalgamada do Poder Judiciário oferece para conferir a sociedade uma solução eficiente para conflitos sociais judicializados em massa. O Poder Judiciário, na forma com que está atualmente

estruturado, tem pouco a contribuir na solução dos conflitos complexos advindos das novas relações sociais tão pulverizadas e tão multifacetadas, o que vai corresponder à inércia do Poder Judiciário e traduz a injustiça.

Neste aspecto se faz oportuno salientar que o estudo da aplicabilidade da mediação está intrinsecamente ligado ao conceito de jurisdição e a análise de suas características, principalmente a de coerção e de *imperium*, uma vez que na mediação a função é controlar os conflitos sociais (VOESE, 2010, p. 25), enquanto que a função da jurisdição é dizer o direito. Todavia, o que maior temor traz aos operadores do Direito no Brasil é a imposição da mediação como fase processual, o que faria um reducionismo de princípio a regra: deixa de ser uma liberdade, para se tornar uma obrigação. Em outras palavras, a coexistência de duas técnicas distintas que são mais funcionais dissociadas, cada uma com suas características próprias.

Compreender a mediação como uma prática de democrática participativa é avaliar se, ao ser livre para optar pela mediação, o individuo assegura seu direito de receber medida tão funcional quanto aquela que receberia dos tribunais nacionais, referendando o ideal da Declaração Universal dos Direitos do Homem, receber o remédio efetivo para os atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos tanto pela constituição, quanto por legislação infraconstitucional.

3 MEDIAÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: CONSTRUINDO A LIBERDADE DE ESCOLHA.

À sombra do pontuado até o momento, cuida anotar que, em sede de mediação, subsiste um cuidado, por parte do mediador, de promover a facilitação do diálogo entre as partes, de modo a viabilizar a comunicação pacífica e a discussão efetiva dos conflitos. “O ato de conversar (ou seja, não somente falar, mas também ouvir) e de poder olhar o problema de novas maneiras ajuda as pessoas a encontrarem, juntas, os melhores caminhos para a solução de seus conflitos” (BRASIL, 2008, p. 16). Nesta linha, conforme Carvalho (s.d., p. 04) destacou, o diálogo não tem seu sentido associado apenas à manutenção de uma conversa, mas sim na possibilidade de se colocar no lugar do outro, a fim de compreender seu ponto de vista, respeitar a opinião alheia, compartilhar as experiências vividas, partilhar a informação disponível e tolerar longas discussões para se alcançar um consenso que satisfaça tanto os envolvidos quanto à comunidade direta e indiretamente afetada. Dentre os principais objetivos adotados por este

procedimento, é possível mencionar a solução extrajudicial dos conflitos. Entrementes, em que pese sua importância, cuida destacar que essa não dever ser o único fito a ser ambicionado na mediação de conflitos; ao reverso, outros objetivos da mediação devem ser enfocados, como, por exemplo, a má administração dos conflitos, o que permite o tratamento adequado do problema e a manutenção dos vínculos afetivos existente entres as partes, tal como a busca pela inclusão social e da pacificação social.

Neste aspecto, verifica-se, por mais uma vez, que a mediação é instrumento apto ao desenvolvimento do diálogo entre os envolvidos, com o auxílio e participação da comunidade, de modo geral, para que seja possível a superação do litígio, bem como a afirmação dos valores estruturantes da própria democracia participativa, despertando no cidadão a necessidade de um papel ativo. “Busca-se trabalhar a mediação como instrumento de promoção da paz social e de diminuição da violência. Assim, a paz social é entendida como algo que vai além da inexistência de violência física e moral, passando pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais” (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 291). Com efeito, a estruturação de um diálogo entre os envolvidos e a pacificação social não são alcançadas em comunidades em que há fome, elevados índices de desemprego, indivíduos realizando trabalhos forçados ou mesmo em condição análoga à de escravidão, maciça exploração sexual infantil, carência de moradias dignas, baixos níveis de educação e saúde, além de outras mazelas sociais que interferem, de maneira direta, no desenvolvimento harmônico e sustentável da sociedade, afetando, inclusive, na paz social.

Fomenta-se a paz quando se resolve e previne a administração inoperante dos conflitos; quando se busca promover o diálogo; quando se possibilita a discussão sobre direitos e deveres, bem como responsabilidade social; quando se viabiliza a substituição o sentimento de competição, inerente ao sistema adversarial estruturado no Brasil, pelo ideário de cooperação. “É nos espaços de participação construídos através de uma mediação democrática que os envolvidos aprendem e vivenciam a cidadania. Rompendo o silêncio, abre-se à participação para além dos espaços privados da comunidade” (NASCIMENTO, 2010), contribuindo, assim, para o fortalecimento deste ambiente social e, secundariamente, na construção de um Estado que propicie a democracia participativa em seus plurais desdobramentos. Ora, a mediação, na condição instrumento pacífico e participativo de resolução de

conflitos, vindica das partes envolvidas o diálogo acerca dos problemas, dos comportamentos, dos direitos e deveres de cada um, sendo que toda essa discussão se assenta na forma cooperativa, fortalecendo o compromisso ético com o diálogo honesto.

> Nesse contexto, no âmbito comunitário, em especial, o procedimento de mediação de conflitos promove uma maior responsabilidade e participação da comunidade na solução dos seus conflitos, o que contribui favoravelmente para a preservação das relações, a satisfação dos interesses de todas as partes e a economia de custos de tempo e dinheiro na solução do conflito. É dada maior relevância à necessidade de tornar os cidadãos conscientes do seu poder para resolverem os seus conflitos através do diálogo produtivo, construindo pontes que edificam relações cooperativas entre os membros da comunidade, abrindo novos caminhos para uma positiva transformação sociocultural. A mediação comunitária realiza-se nos bairros de periferia, com o intuito de propiciar à comunidade a conscientização de seus direitos e deveres, além da resolução e prevenção de conflitos em busca da paz social. Essa mediação permite a criação de maiores laços entre os envolvidos, incentivando a participação ativa dos membros daquela comunidade na vida social, ensinando-os a pensarem coletivamente e não mais individualmente. (CARVALHO, s.d., p. 04).

Há que se reconhecer, neste cenário, que o fomento ao empoderamento dos indivíduos propicia um processo transformativo aberto e externado pela participação cidadã, culminando na autonomia de tratamento de conflitos, ao tempo em que fortalece o desenvolvimento comunitário. Ao lado disso, os objetivos ambicionados pela mediação em comento consistem no desenvolvimento entre a população de valores, conhecimentos e comportamentos que conduzam ao fortalecimento de uma cultura de paz. De igual modo, em substituição a tradição visão adversarial ganhador-perdedor, enfatiza-se a relação entre os valores e práticas voltados à realização da democracia e da convivência pacífica, contribuindo para a construção de um consenso entre os indivíduos, no qual o respeito e a tolerância são os aspectos característicos mais proeminentes. Há um caminho para o exercício da cidadania participativa, consistente na possibilidade da busca conjunta, consciente e amadurecida das partes envolvidas em prol do tratamento do conflito existente. Vezzula (2010, p. 56) salienta que “a mediação, recuperando os conceitos de participação responsável da comunidade na abordagem e na resolução dos conflitos entre seus integrantes, foi fortalecendo a sua identidade e, com isso, consolidou a capacidade de protagonismo dos moradores”.

“A mediação nas comunidades traduz o exercício de cidadania e de democracia, pois permite que os cidadãos, até então socialmente excluídos, resolvam por si mesmos seus conflitos com o auxílio de um mediador” (CARVALHO,

s.d., p. 05).

Convém destacar que "a mediação desenvolvida em bairros das cidades (mediação comunitária) propicia o diálogo entre as pessoas que convivem diariamente, auxiliando na solução dos seus conflitos e contribuindo para a construção da paz social" (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 292). Ora, como a prática da mediação estabelece a reclamação ativa dos envolvidos no tratamento de conflitos, passa-se a não apenas a debater sobre questões de feição individual, mas também questões de aspecto coletivo. As experiências brasileiras em mediação[3-4], especialmente aquelas realizadas nas periferias dos municípios, têm revelado mudanças de comportamento das pessoas: tornaram-se mais participativas nas decisões individuais e coletivas, refletindo a conjunção de esforços entre os envolvidos, compartilhando a responsabilidade em relação ao tratamento do conflito. É possível, assim, observar que a mediação, ao fomentar o empoderamento dos indivíduos, na construção dos consensos e responsabilidade compartilhada, também alimenta a participação do cidadão na tomada de decisões, conscientizando-o não apenas acerca das questões individuais, mas também sobre as questões coletivas e seus desdobramentos.

Considerações finais

Num mundo cada vez mais globalizado e integrado, a sociedade requer do Estado respostas mais céleres para as contingências sociais. Neste sentido, o Poder Judiciário deve se adaptar às conquistas obtidas pelo homem através de recursos econômicos, tecnológicos e de produção.

Reformas sucessivas no modo de vida e no fomento à obtenção de direitos sociais básicos levam o indivíduo a almejar direitos garantidos pela legislação e que

[3] Neste sentido, é possível citar, como exemplo paradigmático de projeto bem sucedido de mediação comunitária, o Projeto "Balcão de Direitos", desenvolvido pela ONG Viva Rio. Falcão (s.d., p. 02), ao discorrer acerca do programa, descreve que: "O Programa Balcão de Direitos do Viva Rio existe há oito anos nas favelas do Rio de Janeiro. São ao todo cinco balcões, instalados em prédios comunitários, onde estudantes e outros voluntários atendem à comunidade. Mais de 70 mil atendimentos já foram feitos, de cálculos trabalhistas a mediação e conciliação, passando por orientação jurídica em processos judiciais. Nos primeiros anos, cerca de 25% dos serviços demandados se relacionavam com ações judiciais. Hoje, esse número caiu para cerca de 15%. O que demonstra que, na medida em que a comunidade cria seus próprios mecanismos de resolução de conflitos, a procura pelo Judiciário tende a ser menor".

[4] É possível, também, citar o Programa de Núcleos de Mediação Comunitária, fomentado pelo Ministério Público do Estado do Ceará, e o Programa de Justiça Comunitária, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que, dentre as ferramentas desenvolvidas, utiliza a mediação comunitária e, em termos estatísticos, atendendo 774 (setecentas e setenta e quatro) pessoas (BRASIL, 2008, p.80).

se tornam ideais da pessoa humana. Desta forma, está inserto no conceito de cidadania, tido como direitos fundamentais, políticos, sociais e econômicos e difusos, ante a uma valoração da liberdade, num aspecto temporal de sua evolução, obter o acesso à Justiça como meio de equilíbrio de valores.

É preciso, tomar como ponto de partida a busca por uma identidade brasileira do acesso à Justiça para entendê-lo como se faz efetivo, exigível e tangível, diante da realidade nacional estar envolta num arcabouço burocrático e carecedor de infraestrutura como o Poder Judiciário. Não basta implementar o discurso de que é necessário fazer um acesso organizado a jurisdição, pois este acesso precisa ser pleno. Por conseguinte, faz-se relevante proporcionar um resultado mais célere do Poder Judiciário, através de reformas condizentes com a evolução social. Conceder o acesso à justiça é garantir o sobrepujamento de três obstáculos, a saber: o econômico, o geográfico e o burocrático.

Pensar nos caminhos para estimular as práticas das controvérsias equacionadas por opções escolhidas pelos próprios interessados nos meios que não utilizem as técnicas de dominação é a tarefa legada à sociedade moderna. O primeiro passo foi dado no sentido de compreender que os tribunais encontravam-se demasiadamente congestionados, a ponto de não entregar uma prestação eficaz.

Com efeito, por estar calcada em uma mudança de cultura, a mediação possibilita aos indivíduos, até então, marginalizados a possibilidade de terem responsabilidade sobre suas vidas e serem incluídos socialmente, reafirmando o preceito basilar de empoderamento dos envolvidos.

Mais que simplesmente dialogar (conversar), a abordagem do conflito, a partir de uma perspectiva pautada na responsabilidade solidária e compartilhada, assegura aos mediandos a construção de um consenso decorrente da confluência de vontades, no qual se deteriora a ideologia de *ganhador-perdedor*, edificando, em seu lugar, uma doutrina em que ambas as partes são exitosas ao final. Há uma participação direta dos envolvidos na tomada de decisão, de maneira que o consenso atingido reflete a vontade livre, consciente e amadurecida dos envolvidos, exercendo uma democracia participativa plena, sem mitigações ou obstáculos, o que repercutirá diretamente na qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Aurélio Wander. **Conflitos sociais e limites do poder judiciário.** 2ª. edição revista e atualizada. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2001.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. *O que é Justiça Comunitária?* Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br>. Brasília, 2008, 123p. Acesso 05 jan. 2014.

CALAMANDREI, Piero et allii. **A crise da Justiça.** Tradução de Jiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

CARVALHO, Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda Paes de. *Mediação Comunitária: Um Caminho para a práxis cidadã e democrática?* Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/nespeciais/nucleomed/publicacoes/artigos/mediacao.comunitaria.caminho.para.a.praxis.cidada.pdf>. Acesso em 05 jan. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo.** 4ª. Edição. Volume 1. São Paulo:Saraiva, 2012.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania tutelada. In FERREIRA, Luiz Alexandre (et al.). **Hermenêutica, cidadania e direito.** Campinas, SP: Millennium Editora, 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuela Cardoso O. de; FEITOSA, Gustavo Raposo. Mediação de Conflitos Sociais, Polícia Comunitária e Segurança Pública. *Revista Sequência*, nº 58, p. 281-296, jul. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br>. Acesso em 05 jan. 2014.

VEZZULA, Juan Carlos. A Mediação Comunitária: Desafios e Perspectivas. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter,* 2010, p. 47-60. Disponível em: <http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/460/284>. Acesso em 05 jan. 2014.

VOESE, Ingo. **Mediação dos conflitos como negociação dos sentidos.** 7ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

A proteção do acesso igualitário ao poder judiciário como garantia dos direitos humanos

Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader[1]

Luciane Mara Correa Gomes[2]

Resumo

A preocupação dos Direitos Humanos é oferecer, igualitariamente, a todos os indivíduos a garantia de que o Poder Judiciário apreciará o litígio trazido por qualquer um que busque uma solução para os conflitos sociais que viole seus direitos fundamentais. Diante desta universalização do acesso à justiça, o objeto de análise deve estar destinado a investigar se o Estado está apto a cumprir a promessa de entrega da prestação jurisdicional, pois um dos problemas que mais afetam a sua efetividade é a acessibilidade do jurisdicionado ao Poder Judiciário. É possível identificar que três aspectos são fundamentais para romper da dificuldade do homem que busca obter do Estado a solução para o conflito judicial, sendo eles os aspectos cultural, estrutural e econômico. Nesta linha de análise, é necessário observar se a sociedade tem a cultura de buscar a resolução dos conflitos através das proposituras de demandas judiciais, e se isso é causa da lentidão na tramitação de ações. No que tange à avaliação do custo financeiro, é oportuno suscitar que, a manutenção de um processo judicial é dispendiosa, o que a torna inacessível a todas as classes sociais. Outra interface que deve ser enfrentada é o enfrentamento pelo Poder Judiciário daquelas demandas que não são regulamentadas. A pesquisa limita seu objeto de estudo ao acesso pelo grupo vulnerável economicamente, uma vez que a mediação se harmoniza com o perfil indicado, bem como se mostra legitima para a efetividade. Incorporar a sua prática no campo judiciário é o estudo que efetiva neste trabalho como meio de concretização do direito a prestação jurisdicional efetiva aos grupos vulneráveis.

Palavras chave: Mediação. Direitos Humanos. Acesso ao Poder Judiciário.

Abstract

The concern of human rights is to offer, equally, to all individuals the guarantee that the judiciary will consider the dispute brought by anyone who seeks a solution to social conflicts that violate their fundamental rights. Faced with this universal access to justice, the object of analysis must be designed to investigate whether the state is able to meet the delivery promise of adjudication, because one of the problems that most affect their effectiveness is the accessibility of the claimants to the Judiciary . You can identify three aspects are crucial to break the difficulty of the man who seeks

[1] Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis (RJ). Bacharel em Direito pela Universidade Iguaçu. Advogada. Professora na Universidade Iguaçu. Endereço eletrônico: carmencaroline@gmail.com.

[2] Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Professora no Centro Universitário Augusto Motta e Faculdade Mercúrio. Endereço eletrônico:

lucianemara@uol.com.br.

to get state solution to the judicial conflict, namely the cultural aspects, structural and economic. In this line of analysis, it is necessary to see if the company has a culture of seeking the resolution of disputes through the judicial demands propositions, and this is because of the slowness in processing actions. Regarding the assessment of the financial cost, it is appropriate to raise that maintaining a judicial process is expensive, which makes it inaccessible to all social classes. Another interface that must be addressed is facing the Judiciary those demands that are not regulated. The study limits its object of study to access the economically vulnerable group, since mediation harmonizes with the given profile, as well as shown legitimate for effectiveness. Incorporate your practice in the judicial field is the study that effective in this work as a means of realization of the right to effective judicial assistance to vulnerable groups.

Keywords: Mediation. Human rights. Access to the courts.

Introdução

O presente trabalho revela sua importância para o meio social quando a sociedade não recebe do Poder Executivo as prestações mínimas que lhe são conferidas pelo estado de bem estar social. Uma vez que os direitos fundamentais, quando não conferidos aos indivíduos através de políticas públicas, é necessário que haja a intervenção do Poder Judiciário para referendar a concessão de tais direitos.

A relevância acadêmica ganha maior contorno com a vigência da lei federal n. 13140 de 26 de junho de 2015, que regula a mediação no Brasil, assim como a lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil, uma vez que a mediação no Brasil passou a ser praticada por força da Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de justiça.

Numa análise mais detalhada sobre o tema aqui proposto para desenvolvimento do artigo encontra-se a necessidade de adequar que com o maior nível de conscientização dos indivíduos, surge a urgência do Estado e da administração pública consolidarem as promessas feitas pelo legislador para não se depararem com a exigência destas prestações na esfera de equilíbrio dos Poderes.

Partindo desta intervenção, é oportuno apontar que o problema surgido a partir da efetivação de direitos fundamentais será mais célere sendo realizada pela mediação, indicando assim que o amplo conhecimento dos direitos fundamentais

trouxe para o homem hodierno uma maior consciência de suas garantias mínimas, limitando a pesquisa a abordagem de direitos fundamentais civis.

Para pautar o estudo, é necessário que se busque identificar os conceitos de direitos fundamentais para instrumentalizar a eficácia na sua concessão. Noutro giro, é importante considerar que a mediação, como mecanismo alternativo de solução de conflitos, poderá ser o caminho para a concretização de direitos e, seguindo a diretriz do presente trabalho, irá se vincular à observação da mediação como política pública promovida para instrumentalizar a entrega célere e efetiva da prestação jurisdicional.

Observar os princípios de proporcionalidade e razoabilidade que permeiam a concretização de direitos fundamentais contidos na Constituição da República de 1988, como método de atingir a cidadania, é parte integrante do desenvolvimento desta pesquisa.

2. IGUALDADE DE TRATAMENTO COMO AXIOMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Desvendando os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais traduzem a existência no ordenamento jurídico de direitos, garantias e liberdades que asseguram aos indivíduos a sua manutenção como ser humano e a perpetuação da sua dignidade e, compreender as generalidades que constituem o seu conceito.

A função dos direitos fundamentais de dever de proteção é uma abordagem de dupla conotação, porque ao Estado é garantido o exercício de fixação de normas jurídicas que permitam a realização de parâmetros mínimos para o indivíduo sobreviver na sociedade. Estas prestações são garantias positivas para que os cidadãos recebam parcelas mínimas do poder público, bem como há prestações de obrigações negativas para compelir o Estado a não praticar condutas que evidenciem a desigualdade.

Neste viés, é plausível assumir a posição, diante da doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho de que “a igualdade material postulada pelo princípio da igualdade

é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social". (2002, p. 348).

Esta igualdade avençada nos direitos fundamentais confere ao indivíduo que a sua condição social, política e econômica não se traduz em fator para a concessão ou não de direitos. Desta forma, o Estado deve garantir que a proteção não seja deficiente, muito menos desviada por excesso, pois está na noção de deveres de proteção do poder público, como função da proporcionalidade (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2014, p. 227).

É possível encontrar direitos fundamentais assegurados pela Constituição, nominados pela doutrina como direitos fundamentais formalmente constitucionais, e outros, reconhecidos e protegidos sem o formato constitucional, chamados direitos materialmente fundamentais (CANOTILHO, 2002, p. 401). Muito embora não seja para o desenvolvimento deste trabalho a sua ampliação, é importante considerar que os direitos fundamentais, sejam sob o signo de direitos, liberdades ou garantias, serão postos a análise da base antropológica da proteção da norma: o ser humano.

É plausível apontar a diferença dos valores basilares constituintes dos direitos, liberdade e garantias deduzida a partir da noção de igualdade, liberdade e dignidade, pois enquanto o direito é inerente ao indivíduo, a liberdade é integrante da esfera da defesa do cidadão perante o poder público e a garantia traduz mecanismo processual de defesa adequada do indivíduo.

Todos os direitos fundamentais devem ser lidos a partir da noção de dignidade, como a garantia de que o Estado fará a proibição de qualquer tipo de discriminação arbitrária e de tratamento diferenciado. Neste ponto, se aponta a necessidade de construir o raciocínio de que os direitos fundamentais são métodos da regra jurídica para a concretização de parcelas da igualdade pois, ao lado da justiça, constituem os valores de uma sociedade pluralista, por que o objeto do Estado Democrático de Direito é a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos, como capitulado no artigo 3º da Constituição de 1988, podendo-se considerar que a mediação não é uma forma desigual de o Estado prestar a jurisdição ou deve ser analisada como uma forma diferenciada de resolver um conflito pontual e específico.

Desta forma, é possível que, ao identificar a forma mais plena para a concretização de um direito fundamental como a preocupação que o poder público deve assumir perante os seus administrados, em face de existência de um arsenal de garantias e que, por sua vez, são proibidas as práticas de discriminações arbitrárias, pois esta é uma conduta que ofende não só os direitos de igualdade do indivíduo, como também é uma das cautelas que o Estado deve adotar na eficácia destes.

Conhecedor de que o poder público deverá estar atento à proibição de conter arbítrios, discriminações e tratamentos diferenciados, o legislador está voltado para a atenção de que dois são os destinatários destas programações: o Estado e o indivíduo, assegurando que aquele não adotará condutas positivas ou negativas violadoras destas prestações mínimas deste, bem como assistí-lo, conferindo-lhe meios de equalizar as desigualdades decorrentes das esferas sociais, econômicas ou culturais.

Dito isto, o indivíduo, nos dias atuais persevera por condições mínimas à sua existência, conferindo status de igualdade e bem estar. Este posicionamento é assumido a partir da concepção filosófica de Tomás de Aquino (NUNES, 2013, p. 304), pois a lei, ao sofrer alterações, está inclinada a atender as conveniências e necessidades das comunidades, ampliando para os indivíduos o ideal de liberdade.

Neste sentido, é importante considerar que a igualdade e a liberdade, como elementos que se integram, estão presentes nas matrizes das constituições da modernidade, foi apontado por Imannuel Kant como um direito inato, que pode coexistir com os outros, originariamente pertencente a todos os homens (2007, p. 53). O exercício das garantias deve ser equilibrado na medida em que os princípios sejam garantidos a partir de um direito ao mínimo existencial para uma vida digna. A dinâmica com a qual o Estado vai assegurar este parâmetro mínimo é que se faz através do princípio da proporcionalidade.

Quantificar o tempo que uma prestação jurisdicional envolvendo direitos fundamentais (está incompleto) é a tarefa mais árdua que o legislador constituinte deixou a cargo do Poder Judiciário nas últimas décadas, pois o que deve ser considerado no conteúdo da garantia a uma prestação jurisdicional célere é a sua

forma ou a sua eficácia, parâmetros que serão mensurados pela aplicação dos princípios da proporcionalidade.

É proporcional que a efetivação de direitos fundamentais tenha sua acomodação por por um mecanismo alternativo de solução de conflitos, que tem como objetivo o restabelecimento da via dialogal rompida no curso das relações sociais, quando se depara com uma máquina judiciária plena de processos judiciais que não encontram a solução final.

Uma posição que passa pelo crivo da jurisdição constitucional, uma vez que se trata da proteção de direitos mínimos numa estrutura do Estado Democrático de Direito e que conduz a posição de que o indivíduo que necessita obter uma prestação jurisdicional está tendo uma solução otimizada por parte do poder público, quando são oferecidas possibilidades jurídicas múltiplas para a solução (ALEXY, 2007, p. 295).

A missão é verificar o peso que será atribuído à mediação como mecanismo judicial de resposta aos conflitos sociais, já que a todos é garantida a prestação jurisdicional célere e eficaz. A Constituição de 1988 eleva a garantia a inafastabilidade da prestação jurisdicional ao patamar de direito fundamental e a sua solução através de um meio alternativo deve ser considerada uma forma proporcional de conferir esta análise pelo Poder Judiciário.

De início, merece consideração formulada por Robert Alexy ao delinear que a interpretação de direitos fundamentais é o papel da ponderação ou pesagem (ALEXY, 2007). Em sendo o acesso a prestação jurisdicional, é necessário ponderar se a mediação, como mecanismo alternativo de solução de conflitos irá satisfazer a entrega do resultado prático pretendido, parcela que será abordada no momento próximo. Assim como verificar se há otimização dos resultados possíveis uma vez que o tratamento dos direitos fundamentais deve seguir a matriz dos princípios, já que exigem que a sua realização seja na máxima medida possível, diante das possibilidade fáticas e jurídicas (ALEXY, 2007)

A proporcionalidade como princípio deve ser aplicado nos casos onde haja a necessidade de resolver tensões e existem direitos em rota de colisão. Nesta circunstância, à guisa de proteção do principio de dignidade da pessoa humana,

deve ser sopesado com a dignidade de terceiros, onde deve ser encontrado um ponto de harmonização. Este juízo de ponderação, sem jamais efetuar uma sobreposição de uma dignidade a outra, deve ser reconhecido pelo Poder Judiciário, ainda que inevitável relativização, sob pena de gerar uma violação para ambos conflitantes.

Esta linha de raciocínio está fundamentada a partir do tratamento auferido por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.135) que admite a relativização da dignidade individual quando se protege a dignidade de terceiras e resguarda a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade.

Como referencial a abordagem feita, o problema da prestação jurisdicional eficaz numa sociedade eminentemente de cultura de massa, é necessário apresentar a posição de Vicente de Paulo Barreto (2005, p.156), que sincroniza a morosidade do Poder Judiciário como uma questão de responsabilidade do poder público, em detrimento de uma diferença socioeconômica.

> (...) constata-se o crescimento dos movimentos de conscientização cívica da sociedade em todo o planeta, que se organizam em torno de temas recorrentes, como a questão da responsabilidade do Estado e do administrador público, da transparência no exercício da função pública, de critérios éticos mais rígidos e fonte de legislações reguladoras do exercício dos mandatos, da solidariedade face às diferenças socioeconômicas.

Neste viés, é oportuno avençar que a morosidade do Poder Judiciário como causa de afastamento dos indivíduos da perquirição dos seus direitos fundamentais violados é também causa de discriminação por parte do poder público a quem não possui condições sociais, econômicas e culturais para buscar uma prestação jurisdicional.

A necessidade de se nivelar as diferenças econômicas e sociais é uma hodierna busca da organização burocrática para satisfazer as demandas da máquina administrativa do Estado. Cumpre formular aqui a hipótese de ser a mediação um meio desigual para o fim adequado e exigível para o conflito, em paráfrase a Canotilho (2002, p. 1280) quando põe em análise a existência de legitimidade para esta forma de tratamento diferenciado e que é um meio adequado e necessário para se atingir a finalidade de composição de conflitos numa medida proporcional ao que se busca obter – a prestação jurisdicional. Para buscar meios

de responder a estas formulações é preciso conhecer a mediação como mecanismos de concretização de direitos.

2.2. Acesso igualitário através de mediação

> O homem mediano tem a estrita necessidade de estar inserido numa sociedade constituída por paradigmas, como se visualiza no ambiente acadêmico, no núcleo religioso, ou até mesmo no local de trabalho, posição assumida a partir do posicionamento de Aurélio Wander Bastos (2012, p. 174) formulado acerca da análise de fatos sociais resultantes das culturas massificadas pela pluralidade de informações, contratos e relações jurídicas que são despejados sob a mesma forma.

Traduzindo na expressiva forma de desenvolvimento do direito (BASTOS, 2012, p. 175), este movimento, vai conduzir o indivíduo a uma posição beligerante para que o mesmo se sinta inserido na proteção de sua cidadania, alcançando seu direito ao acesso à Justiça. Na visão deste indivíduo, conseguir sua cidadania está no sentido de preterir a negociação, a composição pacífica das controvérsias, a alcançar uma lide com a obtenção de uma prestação jurisdicional, a fim de valorar a Justiça da decisão, como se fosse um troféu.

Como encontrar o equilíbrio para este homem moderno, submetido a uma carga de litigiosidade excessiva pelas mazelas sociais, sem que se sinta inferior pela opção aos meios alternativos de solução de conflitos, posto que um dos propósitos básicos da lei seja resolver o conflito, e a solução do conflito geralmente envolve a limitação da autonomia de alguém (SIMON, 2001, p. 45).

No entanto, existem valores mais elevados do que aqueles consignados na norma, valores que estão para além da interpretação estrita do instrumento legal, a intenção do legislador, este julgamento por equidade, já descrito por Fabio Konder Comparato (2006, p. 488) está em voga desde os ideais de Roma, está a serviço de um só propósito: conciliar o seu próprio interesse com o interesse universal.

A pretensão não é a apresentação de um resultado qualquer, mas sim uma resposta social para os conflitantes e esta posição assumida pelos autores encontra respaldo em Humberto Dalla Bernardina de Pinho que assegura a mediação é um

trabalho artesanal (2005, p. 112). A qualidade do resultado na mediação é que produz o diferencial, segundo Morais e Spengler (2012, p.16)

> Com a expectativa de encontrar respostas melhores aos conflitos, o objetivo principal da instituição da política pública ora em comento é a participação dos conflitantes na busca de um resultado que satisfaça seu interesses, preservando o relacionamento prévio e os laços por ventura existentes entre eles. Nesse sentido, "a redução do volume de serviços do Judiciário é mera consequência desse importante resultado social."
>
> Consequentemente, a mediação e a conciliação não podem ser vistas apenas como meios de gerar celeridade processual. Essa poderá ser uma das suas consequências, mas sua função primordial é dar autonomia aos conflitantes para decidir seus conflitos responsabilizando-os por suas escolhas. Em se tratando de "desafogar o judiciário" talvez o principal ganho a partir da conciliação/mediação seja a prevenção de novos conflitos que se dará pelo tratamento adequado do litígio atual evitando que este retorne ao Judiciário ou à Central de Mediação na forma de um novo conflito.

A perspectiva de um método de solução do processo, através de mecanismos mais céleres, é fruto do resultado do Projeto de Florença, feito no final da década de 1970, por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao diagnosticar grandes entraves à justiça, visto que os processos se encontravam presos ou embaraçados prejudicando a entrega da solução final.

Em três vias distintas percebeu-se que a prestação jurisdicional teria aplicação mais eficaz e plena se fosse resolvida por métodos alternativos de solução de litígio; por interesses coletivos e possibilitando ao maior numero de pessoas hipossuficientes possível o acesso à justiça.

Este artigo tratará especificadamente da mediação ser um mecanismo de resolução de conflitos que confere eficácia e celeridade na medida em que atinge o principal ponto da grande maioria dos litígios. Em franca oposição a cômoda ideia de que é mais fácil elaborar uma sentença do que pacificar os litigantes (WATANABE, 2005, p. 687). Mediação, como parte integrante do processo judicial ou como um processo extrajudicial de resolução de conflitos, se concretiza pela condução por terceiro imparcial, que dá assistência às pessoas em conflito, com a finalidade de que possam manter uma comunicação produtiva à procura de um acordo possível para elas.

Cappelletti e Garth (1988, p. 12) ressaltam que a ciência jurídica deve pensar nos objetivos e métodos que proporcionem o acesso à justiça não só através das técnicas processuais, mas também em outras vias.

> "Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais, que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerado e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva - com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social"

É um processo porque tem um desenvolvimento lógico e organizado; é extrajudicial porque está fora do Judiciário, isto é, as partes é que escolhem o mediador. Mas, frise-se, não colide, nem compete com o processo judicial, sendo mais um meio de resolução de conflitos. Paulo Cesar Pinheiro Carneiro (Wambier T., 2015, p. 65) ao comentar o parágrafo 3º artigo 3º da Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015, diz que a mediação tem por objeto diminuir a quantidade e o tempo de duração dos processos:

> Não é necessário nenhum esforço para concluir ser impossível ao Judiciário prestar adequadamente a jurisdição diante deste cenário, o qual se acentua a cada ano.
> Eis a razão pela qual – dentre as várias propostas para o enfrentamento desta situação – a solução consensual dos conflitos mereceu especial atenção do novel legislador, a ponto de constar referida alternativa no capitulo das "Normas Fundamentais do Processo".
> Passa a ser uma obrigação, e um a prioridade do Estado no exercício da função jurisdicional, sempre que possível, empregar todos os meios necessários para o alcance das finalidade salientadas. Além disto, o legislador, ainda no capítulo das "Normas Fundamentais", orienta os principiais protagonistas do processo, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, a estimular a solução consensual através da conciliação e da mediação.

Segundo Humberto Dalla Bernardino de Pinho (2012, p. 883), entende-se a mediação "*como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito".* É importante destacar que esse terceiro não tem missão de decidir, nem a ele foi dada autorização para tanto, ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual. A mediação por este prisma deve ser compreendida como o viés de comunicação e vem sendo referendada na Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, com a equiparação da condição do mediador judicial a auxiliar da justiça, regrada nos artigos 165 a 175, a promoção de solução consensual do litígio uma marca neste Código (MARINONI, 2015, p.97).

Como espécie de autocomposição, a mediação deve ser embasada na identificação e eliminação das causas que geraram o conflito e observando a colocação de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2015, p. 116) a necessidade de qualificação do profissional atuante na mediação é destinada a obtenção de um comum acordo.

Vale destacar que no dia 29 de novembro de 2010, a Resolução nº. 125 do Conselho Nacional de Justiça, preocupada com a necessidade de se organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, não só previu que a solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário é uma política pública, como expressamente dispôs que a mediação e a conciliação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

Neste aspecto, no que se refere à universalização do acesso à Justiça pelas pessoas hipossuficientes, observa-se que não basta garantir o direito à distribuição de uma demanda no Poder Judiciário, salutar se faz obter o auxílio de um advogado para promover a defesa das partes ou até mesmo decifrar as leis cada vez mais complexas (PINHO, 2012, p. 390). Desta forma, está inserto no conceito de cidadania, tido como direitos fundamentais, políticos, sociais e econômicos e difusos, ante a uma valoração da liberdade, num aspecto temporal de sua evolução, obter o acesso à Justiça como meio de equilíbrio de valores.

3. Conclusão

A Constituição da República preconiza o esforço comum entre Estado e sociedade civil na solução dos conflitos decorrentes das relações sociais, mantendo assim uma intersecção entre a jurisdição exercida através do Poder Judiciário e a adoção de mecanismos alternativos para a obtenção da pacificação de celeumas. É importante pontuar que não cabe ao Estado somente oferecer condições do indivíduo obter tais prestações, mas também fornecer mecanismos para reivindicar este alcance. Desta forma, ao assegurar direitos sem fornecer as técnicas processuais para atender à função social, não traz diminuição do conflito, mas sim impacta a desigualdade havida entre as partes que estão em posições diferenciadas dentro da sociedade.

Este pensar no homem inserido na Constituição se confere por igualdade de tratamento a pessoa jurídica que recebe o tratamento em idêntico quilate. Se cabe ao Estado dizer o Direito, cabe às pessoas físicas ou jurídicas, buscar métodos de sua efetivação sem desconstruir a garantia constitucional de obter uma prestação jurisdicional quando seu direito for lesado ou sofrer ameaça. É fato que a Constituição da República não se trata de um somatório de normas postas em vigência ao dispor do Estado (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 89), tendo por finalidade compreender as necessidades decorrentes da regulamentação das práticas modernas e globalizadas, sendo cabível fixar a ponderação dos direitos fundamentais amalgamados na Carta sem deixar de atender ao mínimo existencial de que cada indivíduo resguardado efetivamente necessita e busca. Desta forma, através de uma prestação jurisdicional capaz de atender às necessidades do indivíduo, garantindo o acesso democrático às políticas públicas em estado de igualdade é que torna o acesso ao Poder Judiciário uma singular parcela do que realmente significa o acesso à Justiça.

O engessamento do Poder Judiciário com planejamento estruturalmente burocratizado para gerar a maior parcela de confiabilidade possível por parte do indivíduo, para que não recaia o descrédito na sua atuação, fez com que houvesse um prolongamento excessivo na entrega da prestação final e a partir das ondas renovatórias do Projeto de Florença pode pensar em formas que atingissem o resultado prático pretendido sem enfrentar a jornada de um processo civil clássico, dentre os quais os mecanismos alternativos de solução de conflitos. O presente artigo ocupou-se da mediação, cujo recorte se funda na solução consensual de litígios como método de pacificação social, garantindo uma rápida resposta, com o menor custo e a satisfação para ambas as partes envolvidas e rompendo a ideia concreta de que é mais eficaz uma sentença judicial do que a acomodação de quem é parte direta do conflito.

A sociedade massificada reclama aspectos imanentes à democracia com a introdução de estruturas atinentes a prestação de políticas públicas capazes de otimizar o resultado das promessas de bem estar social feitas pelo Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário, como campo de solução de conflitos, deve estar sensível às convergências entre os Poderes e a realização da paz social num patamar mais dialogal do que belicista, pela via da mediação. Nesta linha de raciocínio, assegura-se que a efetividade perfeita se completa com a igualdade de armas, mas como pensar este conceito diante de um país-continental como o Brasil, principalmente quando a direção desejada pelo indivíduo é que seja assegurada uma vida humana adequada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Ponderação, Jurisdição constitucional e representação popular.** *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Coord) A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007, p. 295-304.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

_____. **Para além dos direitos fundamentais**. In KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). Direitos fundamentais e novos direitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 147-174.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago 2015.

BRASILIA. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010. Acesso em 29 de junho de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5ª. edição. Coimbra, Portugal: 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO. Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FREIRE JUNIOR, AMÉRICO Bede. **O controle judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HABENHORST, Eduardo Ramalho. **Justiça**. BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2006. PP. 493-495

KANT, Imannuel. **Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito.** Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. (série Clássicos Edipro) Bauru, SP: EDIPRO, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MORAIS. José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à mediação!** 3 ed. Revista e atualizada com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução125/2010 CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NUNES, Claudio Pedrosa. **A conceituação de justiça em Tomás de Aquino: um estudo dogmático e axiológico.** Curitiba: Juruá, 2013.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania tutelada. In FERREIRA, Luiz Alexandre (et al.). **Hermenêutica, cidadania e direito.** Campinas, SP: Millennium Editora, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo.** 4ª. Edição. Volume 1. São Paulo:Saraiva, 2012

_____. **Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos.** In PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. (Coord) Acesso à Justiça e efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 105-124.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5ª Ed, rev. atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 3ª. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 258.

SIMON, William H. **A prática da justiça: uma teoria da ética dos advogados.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** Vol. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 15ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.], coordenadores. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In YARSHEKK, Flavio Luiz. MORAES, Mauricio Zanoide. (Org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, DPZ Editora, 2005, p. 684- 690.

WEBER, Max. **Ensaios de sociologia.** Organização e introdução H.H. Gerth e C.Wright Mills; tradução Waltensir Dutra. 5ª edição reimpressa. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

Direção

Maria Manuela Magalhães Silva (Universidade Portucalense)

Coordenação

Daniela Serra Castilhos (Universidade Portucalense)

Fábio da Silva Veiga (UVigo/UAH /CAPES)

Comissão Organizadora

André Matos (Universidade Portucalense)

Carolina Paoli (Mackenzie)

Daniela Serra Castilhos (Universidade Portucalense)

Dora Alves (Universidade Portucalense)

Fábio Veiga (UVigo/UAH /CAPES)

Jessica Ramos (UL)

Victória Rezende (UP)

Comité Científico

Ana Paula Guimarães (Universidade Portucalense)

André Matos (Universidade Portucalense)

Antônio Carlos da Silva (Universidade Católica do Salvador)

Armando Rovai (Universidade Mackenzie / PUC-SP)

Bárbara Manuela Carvalho de Magalhães (Universidade Portucalense)

Daniela Serra Castilhos (Universidade Portucalense)

Doglas Lucas (UNIJUI)

Dora Resende Alves (Universidade Portucalense)

Eliane Octaviano (Universidade Católica de Santos)

Felipe Chiarello (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Fernanda Maria Neves Rebelo (Universidade Portucalense)

Gianpaolo Poggio Smanio (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Heinrich Ewald Hörster (Universidade Portucalense)

Heron Gordilho (Universidade Federal da Bahia)

Lucas Gonçalves da Silva (Universidade Federal de Sergipe)

Luciana Aboim Gonçalves da Silva (Universidade Federal de Sergipe)

José Eduardo Lima Pinto da Costa (Universidade Portucalense)

José Luis Caramelo Gomes (Universidade Portucalense)

José Francisco Siqueira Neto (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Luciani Coimbra (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul)

Lucyléa Gonçalves França (Universidade Federal do Maranhão) Maiquel Wermuth (UNIJUI)

Manuel da Costa Andrade (Universidade Portucalense)

Maria de la Paz Pando Ballesteros (Universidad de Salamanca)

Maria Esther Martinez Quinteiro (Universidad de Salamanca)

Maria Manuela Magalhães Silva (Universidade Portucalense)

Mónica Martinez de Campos (Universidade Portucalense)

Sónia Alexandra Mota de Carvalho (Universidade Portucalense)

Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti (Universidade Católica do Salvador)

Wagner Menezes (Universidade de São Paulo)

Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Coordenação Científica

Maria Manuela Magalhães Silva (Univesidade Portucalense)

Conselho Consultivo

Camila Gomes (USC)

Débora Sinflorio (USAL)

Dulcilene Mapelli (UL)

Eduardo Amorim (UP)

Egas Moniz (UHeidelberg)

Érica Guerra (UFRRJ)

Fábio Veiga (UVigo/UAH)

Francielle Vieira (UM)

Gabriel Martín (URJC/UEM)

Guilherme Godoy (UP)

João Santos (UP)

Larissa Boratti (UCLondon)

Larissa Polak (UP)

Marcelo Ilarraz (ULondon)

Marina Dorileo (UFMT)

Matheus Passos (UL)

Murilo Lubambo (UCLondon)

Thiago M. Oliveira (UFRN)

Paula Gabiatti (UFSC)

Rodrigo Poyanco (USC)

Rubén Miranda (USC)

Rui Z. Ferreira (USC)

Ruth Santos (UL)

Nos dias fO e ff de outubro de 2Of6, a Universidade Portucalense promoveu o II Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos (II CONDIM), em cooperação com o Instituto Jurídico Portucalense.

O evento contou com o apoio de prestigiosas universidades ibero−americanas. Nas suas linhas temáticas abordaram−se os seguintes temas: as redes sociais, novas tecnologias e direitos humanos; a interação dos direitos constitucionais com as relações laborais; os instrumentos para a proteção dos direitos humanos; os direitos humanos e o desenvolvimento sustentável; os direitos humanos e os grupos vulneráveis; as empresas, ordem económica e direitos humanos; a segurança social, solidariedade e cidadania; os direitos Jundamentais no âmbito do direito administrativo.

IJP INSTITUTO JURÍDICO PORTUCALENSE

UPT UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR