

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano V · Número 9

Janeiro · Junho de 2017



FICHA TÉCNICA

ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, n.º 9

Propriedade e Editor

IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa
Campus de Campolide
1099-032 Lisboa – Portugal
www.idilp.net/redilp
presidente@idilp.net

Secretária

Dr.ª Inês Braga (secretariado.idilp@gmail.com)

Periodicidade

Semestral

Indexador:

www.latindex.org (catálogo)

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT
– Fundação para a Ciência e a Tecnologia no âmbito do projeto
«UID/DIR/00714/2013»

Depósito Legal

356538/13

ISSN

2182-8695 (impresso)

ISSN

2182-8768 (em linha)

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano V · Número 9

Janeiro · Junho de 2017

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

JOSÉ JOÃO ABRANTES

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA



IDiLP

INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA



FACULDADE DE
DIREITO
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

Índice Geral

NÚMERO ESPECIAL

I ENCONTRO IBEROAMERICANO DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Álvaro dos Santos Maciel / Aline Hamdan de Souza Vilas Boas Os contornos das ações afirmativas à luz de teorias liberalistas	7
Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader / Luciane Mara Correa Gomes Eu, tu, ele e nós: o acidente de trabalho afetando a dignidade do trabalhador e a prevenção por políticas públicas das empresas.	27
Douglas Predo Mateus / Vivian Valverde Corominas A Proteção do Patrimônio Histórico Edificado como Garantia da Dignidade da Pessoa Humana e do Desenvolvimento Sustentável.	41
Gilberto Atencio Valladares La tributación parafiscal en Venezuela	57
Guilherme Augusto Souza Godoy Uma análise dos programas de redução de danos das comunidades autônomas espanholas	69
Irene Portela A emergência histórica, a definição conceptual e o enquadramento epistemológico da Responsabilidade Social nas Empresas	75
J. Eduardo Amorim A ‘Armadilha da Pobreza’ e a ‘Armadilha do desemprego’ e seus efeitos negativos para a sustentabilidade da Segurança Social.	97
João Proença Xavier Direito biomédico e desenvolvimento: A procriação medicamente assistida no contexto ibérico a lei espanhola “versus” a lei portuguesa	109
Luciane Mara Correa Gomes / Tauã Lima Verdan Rangel A atuação preventiva dos sindicatos no Brasil: a aplicação da mediação de conflitos nas relações de trabalho	129
Lucila Vilhena O Regionalismo no Comércio Internacional.	149

Marcos Augusto Perez	
Acordo de Leniência Anticorrupção no Brasil: regulamentação atual e desafios futuros	165
Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro Pacheco	
Crise e viabilidade dos sistemas de segurança social: as facetas da cidadania europeia na jurisprudência recente da União Europeia	181
Marina de Macêdo Carvalho / Natália de Souza Lisbôa	
O rompimento da barragem de Fundão e a destruição do patrimônio cultural do distrito de Bento Rodrigues	203
Maykel Ponçoni	
A carga tributária brasileira sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas como mecanismo para o desenvolvimento	219
Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño	
La litigación de los derechos sociales: los problemas de una mala estrategia.	235
Rubén Miranda Gonçalves	
A proteção do património cultural subaquático e a sua regulação jurídica na legislação espanhola	255
Rui Miguel Zeferino Ferreira	
O milagre do modelo de desenvolvimento dos países do báltico.	265
Thiago Santos Rocha	
Os deveres impostos pelo direito humano a um nível adequado de vida.	285
Tiago de Melo Cartaxo	
Direito e Cidades Sustentáveis: Uma Experiência de Desenvolvimento	301
Wilson Engelmann	
O mundo na escala nanométrica observado pelo Direito	323
Revista do Direito de Língua Portuguesa – Normas Técnicas	341

NÚMERO ESPECIAL

I Encontro Iberoamericano de Direito e Desenvolvimento

Os contornos das ações afirmativas à luz de teorias liberalistas¹

The contours of affirmative actions and the liberalist theories

ÁLVARO DOS SANTOS MACIEL²
ALINE HAMDAN DE SOUZA VILAS BOAS³

Resumo: A evolução dos povos sempre foi permeada por celeumas relacionados com a concretização da igualdade. O objetivo é propor uma análise acerca da evolução do princípio da igualdade para bem entender os seus desdobramentos por meio das ações afirmativas na perspectiva de John Rawls e Ronald Dworkin. Trata-se de um tema atual, haja vista as políticas públicas que tentam pensar e realizar a igualdade num contexto de distintas concepções de bem. São apresentadas algumas leis sobre o tema e conclui-se que, se a política afirmativa atende às reais necessidades dos atores sociais mais vulneráveis, o princípio da igualdade será respeitado.

Palavras chave: *princípio da igualdade; ação afirmativa; teoria crítica constitucional.*

Abstract: The evolution of the peoples has always been permeated by controversy related to the achievement of equality. The aim is to propose an analysis of the evolution of the principle of equality and to understand its consequences through affirmative action from the perspective of John Rawls and Ronald Dworkin. This is a current topic, given the public policies that try to favor social minorities. It presents some laws that deal with the subject and concludes that if the affirmative policy meets the real needs of the most vulnerable social actors, the principle of equality is respected.

Key words: *principle of equality; affirmative action; constitutional critical theory*

¹ Entregue: 5.1.2017; aprovado: 13.3.2017.

² ÁLVARO DOS SANTOS MACIEL, Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade Veiga de Almeida (UVA), macielalvaro@gmail.com

³ ALINE HAMDAN DE SOUZA VILAS BOAS, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), alinehamdan@gmail.com

1. Alguns pontos marcantes para a construção dos ideários de igualdade e liberdade

Do século XV até o XVIII vigorou em grande parte dos países ocidentais o chamado Estado Absoluto. Os autores contratualistas sempre identificaram a necessidade de um Estado forte e autoritário para lidar com a natureza do próprio homem e do convívio em sociedade. Maquiavel (2007, p. 137), em sua obra “O Príncipe”, de 1512, aconselhava ao soberano que fizesse o que fosse necessário para se manter no poder, seja pelo uso das leis, seja pelo uso da força, porquanto “o primeiro é próprio do homem, o segundo dos animais. Não sendo, porém, muitas vezes suficiente o primeiro, convinha recorrer ao segundo. Por conseguinte, a um príncipe era importante saber comportar-se como homem e como animal”. Ademais, apregoava que, se necessário, deveria liderar a arte da guerra com todas as regras e estratégias que ela demanda (p. 110, 123 et seq).

Hobbes (2003, p. 78) em sua obra “O Leviatã”, de 1651, constata a necessidade de uma autoridade que detivesse a força e o poder (Estado personificado na figura do soberano – o Leviatã) capaz de organizar a sociedade para o alcance da paz, pois, do contrário, haveria uma constante disputa entre os homens. A figura mística do Leviatã detinha a incumbência de legislar, contudo, não se submetia às leis e prestava contas apenas a Deus, cuja vontade representava e único ser capaz de detê-lo.

Neste diapasão, as reflexões destes pensadores são no sentido de que o Estado personificado no soberano tem que ser forte e imbatível na busca de seus interesses em violação frontal aos direitos de qualquer indivíduo que eventualmente pleiteasse.

Em sentido contrário, John Locke (2003, p. 76), em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, de 1690, defendia que o indivíduo deveria ser respeitado em sua individualidade, em sua vontade ou mesmo em sua propriedade.

Nesta mesma linha de raciocínio, o príncipe deveria se submeter às leis previamente aprovadas pela sociedade, deflagrando, portanto, a gênese da base teórica do Estado Democrático do Direito.

Pertence a Locke o esboço inicial do princípio da separação dos Poderes, já que, para ele, o poder de legislar e o poder de governar não deveriam pertencer à mesma pessoa.

Entretanto, a efetiva teoria da tripartição do Poder pertence a Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu) (1997, p. 200), que propõe um sistema de freios e contra pesos (*checks and balances*) – essencial para evitar o abuso do poder e, consequentemente, para proteger os indivíduos do arbítrio estatal.

Pelo exposto, os direitos fundamentais surgem como normas limitadoras do poder estatal justamente como reação ao Estado absoluto, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobbesiano, pois pressupõem um Estado juridicamente limitado e que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum (MARMELSTEIN, 2008, p. 36).

2. Um aprofundamento acerca do princípio da igualdade

O avanço histórico da isonomia divide-se em três etapas: na primeira delas a regra era a desigualdade; na segunda, existia a ideia de que todos eram iguais perante a lei e assim deveria ser aplicada indistintamente aos membros de uma mesma camada social; na terceira etapa, lei deveria ser aplicada respeitando-se as desigualdades dos desiguais ou de forma igual aos iguais (ROCHA, 1990, p. 32).

O primeiro momento pode ser detalhado como o período em que a sociedade adotava a desigualdade em vias legais e, deste modo, propiciava mais privilégios a quem mais detivesse poder e riqueza e, aos indivíduos de classes inferiores restavam os resultados caóticos do desequilíbrio.

Os privilégios dos poderosos eram aceitos normalmente e a existência da escravidão não era contestada, ao contrário, era “absorvida” pelo silêncio imposto aos escravizados. Assim, a sociedade, por padrões culturais, não se preocupava em igualar os “iguais” e “desiguais”.

Apesar do pensamento de Aristóteles que permeava os discursos desde aquela época – “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, não houve concretização nos povos antigos para deflagração do processo de igualdade, uma vez que

a igualdade não era absoluta. Pode-se citar como exceção “a Lei das XII das Tábuas, pela qual consagra a igualdade entre patrícios e plebeus, o Édito Perpétuo que estende a igualdade às populações de outras etnias e o *Édito de Caracalla ou Constitutio Antoniana*, que concede direito de cidadania a todos os habitantes do império.” (Ibid., p. 30).

A desigualdade atinge o seu ápice no período da Idade Média, haja vista que a sociedade cada vez mais cristalizava as diferenças, além de que o pensamento filosófico também as legitimava. Este é o intervalo histórico no qual os grupos sociais eram formados pelos suseranos e vassalos.

Em um segundo momento histórico há transformações sociais que deflagram a gênese do Estado moderno. Surge a moeda, o comércio, por isso o sistema feudal entra em declínio, e, no mesmo compasso, há o aparecimento das cidades, e a burguesia surge como a nova classe social, que por sua vez, acumula riquezas com o comércio de mercadorias. Logo sobrevém a Revolução Industrial, e os burgueses, enriquecidos culturalmente, reivindicam, ainda que de uma forma conveniente à classe, tratamento igualitário a todos (Rocha, 1990, p. 35).

Todavia, há a formação de uma igualdade formal que não contempla as necessidades reais de equalização.

(...) quando surge a sociedade de classes, canonizando juridicamente o princípio liberal da igualdade de todos os cidadãos, este, contudo não logra nem pretende a anulação completa das desigualdades. Apenas não a contempla, firmando assim uma igualdade formal que se limita a desconhecer as desigualdades reais. (MACHADO NETO, 1987, p. 55).

Chevallier (1998, p.162-195) ao abordar os ensinamentos de Rousseau expõe que os homens eram iguais posto que pertenciam ao gênero humano diferenciando-se apenas pelas condições físicas e psíquicas de cada um, sendo que outros tipos de diferenças deveriam ser rejeitadas pela sociedade.

A França e as colônias inglesas, no final do século XVIII, foram influenciadas pelos ideários de igualdade. Deste modo, houve a difusão das idéias e diversas Constituições normatizaram o princípio da isonomia.

Destarte, a Constituição de Virgínia de 12 de junho de 1776 elencou topograficamente em seu art. 1º que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes”.

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art.1º cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Tal reflexo tornou-se a base do Estado moderno exercendo influência sobre todas as constituições posteriores.

Ocorre, no entanto, que estes desdobramentos do princípio da igualdade, que levou a erigi-lo como norma constitucional, não foram o suficiente para garantir que as necessárias mutações que se sucedem na evolução da história dos povos fossem exteriorizadas de modo igualitário, uma vez que o Estado liberal se pôs alheio a intervenções e designou aos operadores do Direito a tarefa de tentativa de efetivação da isonomia. Não obstante, ainda que de forma lenta e gradativa, tendo por base a realidade de cada grupo social, em cada época, o princípio da isonomia começa a ter desdobramentos cada vez mais significativos e concretos.

A história mundial demonstra a tentativa de abstenção estatal, porém, o Estado Negativo não ensejou à igualdade entre os cidadãos, até porque não houve correção da própria História. Diante disso, compreendeu-se que não bastava o texto formal da Constituição ao estabelecer a igualdade entre todos perante a lei, proibindo tratamentos diferenciados, mas sim, verificou-se a necessidade de que a Constituição obrigasse o Estado a discriminar (positivamente) as pessoas de tal forma que implicasse na promoção de uma igualdade eficaz.

Deste modo, ocorreu o fim do Estado Liberal e nasceu o Estado do Bem-estar Social, que foi inaugurado expressamente em 1917 com a Constituição do México, e em 1919, com Lei Fundamental de Weimar. Este novo modelo, por sua vez, procurou reduzir as desigualdades ocorrentes na sociedade.

O constitucionalismo, com relação ao princípio da igualdade, não deve estar limitado à igualdade perante a lei. Se antes, com o Estado Liberal, não se vislumbrava como realizar a igualdade, a norma agora, com o Estado Assistencialista, desiguala os desiguais para atingir a

igualdade implicando em dinamicidade e flexibilidade ao princípio da isonomia.

Em 10 de dezembro de 1948 é promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que difunde seus preceitos a inúmeras nações. Dentre eles, destaca-se a igualdade e a inserção no trabalho sem qualquer forma de discriminação.⁴

A igualdade entre as camadas sociais, perante a lei, é conhecida na doutrina como igualdade formal. Vê-se que a igualdade está vinculada ao princípio da dignidade humana. Porém, a denominada isonomia formal caracterizou-se por sua ineficácia.

Segundo Menezes (2001, p. 24), o Estado então passa a ser instituição com legitimidade para a promoção de mecanismos que efetivem a justiça.

Com isso, surge a chamada discriminação positiva ou reversa, visando à supressão de desvantagens impostas às pessoas estigmatizadas.

Por conseguinte, não basta a lei declarar apenas que todos são iguais no campo meramente formal, deve também propiciar instrumentos e mecanismos eficazes para a construção da igualdade material. “A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limita ao simples enunciado da igualdade perante a lei”. (ROCHA, 1998, p. 36)

As constituições brasileiras, desde sua primeira formação, baseando-se na afirmação da Declaração dos Direitos do Homem, cuidaram

⁴ É o que se pode extrair da leitura dos seguintes dispositivos: Art. 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; Art. 22 – Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país; Art. 23, inciso I – Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; inciso II – Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

de dar guarida ao princípio da isonomia enunciando tão somente a aceção formal da igualdade.⁵

A Constituição promulgada em 1988 inovou em inúmeros dispositivos, desde o seu preâmbulo elegeu a igualdade formal e material como valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, obrigando o Estado a discriminar as pessoas de tal forma que implicasse na promoção de uma igualdade eficaz.⁶

Em verdade, a noção de igualdade permeia todo o texto constitucional, quer igualando ou desigualando para garantir, a todos, a igualdade de oportunidades.

Neste ínterim, Canotilho (1995, p. 306) aborda:

(...) a obtenção da igualdade substancial, pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações.

Com o desenvolvimento dos conceitos e das exigências da sociedade, surge a demanda de uma igualdade efetiva/real que vise à abolição das desigualdades pela adoção de políticas sociais positivas. Estas recebem

⁵ Na Carta de 1824, o princípio da igualdade coexistia com a legitimação da escravatura. Na Constituição de 1891, os privilégios de classes superiores foram extintos ou vedados, todavia na prática, por imposição dos interessados, foram mantidos. Na Constituição de 1934 mantém-se a igualdade perante a lei. A Constituição de 1937 proibiu a diferenciação nos rendimentos com base no sexo, nacionalidade ou idade. Por sua vez, a Constituição de 1946 proibiu a propaganda de preconceitos de raça ou classe. Na Constituição de 1964 o Brasil tornou-se signatário da Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, a qual definiu a discriminação como “toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão”. Na Carta Política de 1967, houve a punição do preconceito de raça. Na Constituição de 1969 há a proclamação de que não seria tolerada a discriminação.

⁶ Pode-se verificar pelo estabelecido nos dispositivos seguintes: art. 3º; art. 5º, I, XXXII, LXXIV; art. 7º, XXX e XXXI; art. 170, VII; art. 193; art. 196; art. 205 dentre outros.

o nome de ação afirmativa (nomenclatura do Direito Americano) ou discriminação positiva/reversa (Direito Europeu).

Vê-se que a sociedade moderna não vive mais um conceito passivo de igualdade e sim se vincula a uma realidade de igualdade ativa. Há de se entender, no entanto, que o legislador, sob pena de criar uma norma inconstitucional, ao legislar não pode criar situações que discriminem cidadãos sem motivo. Assim, leciona Mello (2002, p. 47):

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura indeterminada;

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator tempo – que não descansa no objeto – como critério diferencial;

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de *discrímén* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímén* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses protegidos constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Mais uma vez, em comparação à outrora, nota-se a dinamicidade e flexibilidade do atual princípio da igualdade, que focaliza a consecução do equilíbrio entre os cidadãos e o benefício de toda a coletividade.

3. Uma análise sobre a ação afirmativa

Há uma expansão global de políticas que visam o combate das desigualdades como um todo. Nota-se a crescente preocupação em

adotar medidas eficazes com o intuito de promover a igualdade material.

Sabe-se que o Direito a princípio ignora, e, em seguida, proíbe a discriminação com a finalidade de operacionalizar medidas que supram desvantagens históricas. Por isso passa a discriminar positivamente.

É neste terceiro momento que surgem as ações afirmativas ou a discriminação positiva como também é conhecida. Há, neste ínterim, a conscientização de que a igualdade real transcende a mera igualdade formal.

Este referido instrumento representa a idéia de um Estado promovedor e atuante, mas sem conotação de autoritarismo. Justifica-se a interferência do Estado como forma de concretizar a paz social e o desenvolvimento econômico do país que são, inegavelmente, obstados quando a discriminação marginaliza um ou mais grupos do processo produtivo. Atualmente, o que se pode constatar é que Estado Democrático de Direito e a proteção contra práticas discriminatórias são conceitos indissociáveis. (LOPES, 2005, p. 83/92).

Os primeiros reflexos das ações afirmativas se deram nos Estados Unidos, onde este instrumento foi implantado pelo presidente John F. Kennedy, em janeiro de 1961, como uma das medidas eficazes de combate ao preconceito.⁷

Esta norma encampava cunho trabalhista, obrigando os empregadores a tratar isonomicamente todos os seus empregados, e os proibia

⁷ O termo ação afirmativa chega ao Brasil carregado de uma diversidade de sentidos, o que em grande parte reflete os debates e experiências históricas dos países em que foram desenvolvidas. Nos anos 60, os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos. No período, começam a ser eliminadas as leis segregacionistas vigentes no país e o movimento negro surge como uma das principais forças atuantes, com lideranças de projeção nacional, apoiado por liberais e progressistas brancos, unidos numa ampla defesa de direitos. Nesse contexto que se desenvolve a idéia de uma ação afirmativa, exigindo que o Estado, para além de garantir leis anti-segregacionistas, viesse também a assumir uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra. Os Estados Unidos completam quase quarenta anos de experiências, o que oferece boa oportunidade para uma análise de longo prazo do desenvolvimento e impacto dessa política". (MOEHLECKE, 2002, p. 17)

de impor restrições com base em critérios de “cor, religião e nacionalidade” para a sua contratação.

Para muitos doutrinadores, as ações afirmativas são consideradas uma evolução do próprio modelo repressor, eis que contém um comando no sentido de proibir a discriminação e outro no sentido de minorar os efeitos gerados por esta discriminação (MENEZES, 2001, p. 88).

Sob a ótica de Menezes (2001, p. 28), ação afirmativa é um mecanismo de inclusão das minorias em postos mais elevados para que estes também usufruam das benesses sociais.

Como se pode observar trata-se de medidas que visam a implantação e providências obrigatórias ou facultativas, oriundas de órgãos públicos ou privados, cuja finalidade é concretizar a inclusão de classes discriminadas, seja em decorrência de sua cor, religião, origem, gênero ou, mesmo, pessoas com deficiência.

Por sua vez, Rocha (1996, p. 85) estabelece o desafio de demonstrar a noção efetivamente válida no campo jurídico-doutrinário acerca das ações afirmativas:

A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou diminuição social a que se acham sujeitas as minorias (...). O conteúdo de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam – sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica – encontrou uma nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa.

Em síntese, a ação afirmativa pode ser definida como sendo um conjunto de políticas obrigatórias ou não que combatem à discriminação

e almeja concretizar a participação das minorias no gozo dos direitos fundamentais.

A ação afirmativa é a ferramenta de restauração de um equilíbrio antes desfeito e cuja ruptura causou injustiças na distribuição das vantagens e benesses da sociedade (GOMES, 2001, p. 61). Ainda encampa em seu bojo o objetivo de eliminar efeitos psicológicos, culturais e comportamentais da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar; também tem como desafio a inclusão social de maior quantidade de membros dos grupos minoritários em setores econômicos, profissionais e educacionais públicos e privados. (GOMES, 2001, p. 47).

Dessa forma, as ações afirmativas têm relação, principalmente, com a redistribuição de ônus e benefícios, dos bens, entre os membros da sociedade. Sua finalidade, discriminar por meio de ações compensatórias que promovam a distribuição equânime dos bens, por si só mitigará os efeitos da discriminação outrora praticada e embasa a justiça distributiva, através da qual, os indivíduos ou os grupos reivindicam vantagens, bens ou benefícios aos quais teriam acesso se houvesse justiça social. (GOMES, 2001, p. 67).

Vê-se, portanto, que a discriminação positiva é uma forma de efetivar o princípio da isonomia e materialmente igualar a diversidade como mecanismo de justiça.

3.1. Abordagem na perspectiva do liberalismo de Rawls e Dworkin

É possível identificar em Rawls (2002) discursos que fomentam os estudos acerca da justiça distributiva e igualdade de oportunidades. O autor (2002, p. 03) afirma que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais como a verdade é o dos sistemas de pensamento”. Tal afirmativa inaugural demonstra sua convicção na aplicação da justiça como um sistema que prevalece a qualquer outro, e como consequência disso, é possível se afirmar que em uma sociedade justa, as leis e as instituições quando quedarem-se injustas precisam ser modificadas ou até mesmo revogadas.

Em continuação ao raciocínio, de acordo com Rawls (2002, p. 04), a sociedade é “uma associação mais ou menos auto-suficiente

de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas”.

Identifica-se, pois, que uma sociedade baseada na ideia de justiça detém uma característica essencial, tal qual o reconhecimento e aceitação dos mesmos princípios de justiça que deflagra o agir conforme os ditames por ela estabelecidos. “Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais.” (RAWLS, 2002, p. 03).

O referido autor afirma existir algumas condições para a viabilidade de uma comunidade humana alicerçada em ditames justos. “A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se distribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade”. (RAWLS, 2002, p. 07).

Entende-se que as desigualdades sociais existentes desde a estrutura básica da sociedade são difusas e atingem as possibilidades de vida dos seres humanos. Assim, Rawls (2002, p. 64) esclarece que é a tais desigualdades que os princípios de justiça devem ser aplicados primeiramente.

O primeiro princípio esclarece sobre o respeito à exigência da aplicação das liberdades fundamentais a todos os indivíduos, tais quais a liberdade política, liberdade de expressão e reunião, de consciência e pensamento, dentre outras.

Já o segundo, refere-se à justiça distributiva, que faz das desigualdades um conjunto contido nas igualdades, pois, em caso de existência daquelas, serão inseridas na esfera maior das igualdades, sendo, por conseguinte, aceitáveis. Rawls afirma que o grupo acaba por aceitar as desigualdades por uma condição natural de ser humano, na medida em que cada um deseja ocupar uma posição melhor que o seu semelhante.

Sendo um liberal, Rawls coloca a liberdade como um princípio a ser alcançado em primeiro plano, mas enfatiza também o que denomina ‘princípio da diferença’. Nele, segundo Rawls, as desigualdades sociais e econômicas devem ser de tal modo que ao mesmo tempo se mostrem razoavelmente vantajosas para todos e vinculem-se a empregos

e cargos acessíveis a todos. Para o autor, só se tolera a desigualdade para beneficiar a parcela econômica e socialmente menos beneficiada. A liberdade só poderia ser limitada para obtenção de maiores vantagens sociais e econômicas, salvo no caso de entrar em conflito com outras liberdades básicas (GARGARELLA, 2008, p. 42).

As posições favoráveis à adoção das ações afirmativas (cotas raciais) se dividem na concepção de justiça compensatória (adotada por parte da doutrina brasileira⁸) e na concepção da justiça distributiva (adotada por Rawls e Dworkin). As posições contrárias afirmam que seriam ilegal e inconstitucional o tratamento discricionário em desfavor de certas pessoas que não integram o grupo beneficiado.

Dworkin (2005, p. 439) sustenta que a sociedade norte-americana é uma sociedade racionalmente consciente que resulta na história de escravidão, repressão e preconceito, razão pela qual os programas de ação afirmativa utilizam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato seria aumentar o número de membros de certas raças em profissões, sendo que seu objetivo mediato seria reduzir o grau em que a sociedade norte-americana é racialmente consciente.

Ademais, entende que a justiça racial é uma necessidade, sendo que inexistente direito individual de impedir a viabilização de medidas que visem assegurar tal justiça. Ao analisar o Caso de DeFunis⁹, Dworkin (2002, p. 349) defende que tal análise propicia o reconhecimento da distinção existente entre a igualdade como política e a igualdade como direito. A fim de analisar tal questão o autor faz a seguinte indagação:

⁸ Alguns autores entendem que pelo fato do Brasil ter usufruído do trabalho escravo, propiciando a existência de uma cultura discriminatória contra o negro, a supressão dos direitos dos negros deveria ser compensada por meio de mecanismos que promovessem o crescimento da cidadania dos negros. Dessa forma, a adoção de preferência com o fim de favorecer grupos sociais marginalizados teria o escopo de compensar a injustiça cometida no passado.

⁹ Dworkin apresenta um fato que ocorreu em 1945 com um negro chamado Sweatt que foi recusado de ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, sob a alegação de que uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam frequentar a Universidade, bem como apresenta um fato que ocorreu em 1971, com um judeu chamado DeFunis, em virtude deste não ter ingressado na Faculdade de Direito da Universidade de Washington, apesar de ter atingido uma média alta nos exames realizados.

que direito a igualdade têm os cidadãos enquanto indivíduos que podem sobrepor-se a programas voltados para importantes políticas econômicas e sociais, inclusive a política social que consiste em melhorar a igualdade em termos gerais?

Para responder esta pergunta, Dworkin (2002, p. 349 *et seq.*) apresenta a sua concepção de direito a igual tratamento e a concepção de direito ao tratamento como igual:

O primeiro é o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Todo cidadão, por exemplo, tem direito a um voto igual, em uma democracia; este é o cerne da decisão da Suprema Corte de que uma pessoa deve ter um voto, mesmo se um arranjo diferente e mais complexo assegurar melhor o bem-estar coletivo. O segundo é o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), que é o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa.

Noutras palavras, para o referido autor (2002, p. 350), o direito ao tratamento como igual é fundamental, sendo que o direito ao igual tratamento seria derivado, sendo que, nem sempre o direito ao tratamento como igual implicará em adoção de um direito a igual tratamento.

Dworkin (2005, p. 461) afirma que há diferenças entre programas de ação afirmativa por cotas (reserva de vagas para a minoria) e planos mais flexíveis que fazem da raça apenas um fator na composição das vagas, porém, tais diferenças seriam apenas administrativas e simbólicas. De fato, Dworkin ressalta que um programa flexível provavelmente será mais eficiente, uma vez que permitirá o acesso maior das minorias quanto ao total de candidatos for maior. Contudo, a diferença existente entre tais programas não respalda qualquer distinção constitucional, salvo se ficar constatado que um programa de cotas viole direitos constitucionais de uma forma que não ocorra com os sistemas flexíveis.

Dworkin admite que o utilitarismo teria certo caráter igualitário, uma vez que busca o bem-estar geral, mas ressalva que este caráter sempre dependerá de respaldo social, o que nem sempre acontece (GARGARELLA, 2008, p. 25).

Além disso, assevera que o argumento utilitarista possui alguns questionamentos que não ocorrem com os argumentos de ideal, quais sejam: o que seria bem-estar médio ou coletivo? Como podem ser calculadas as perdas e os ganhos dos indivíduos a fim de respaldar a afirmação de que os ganhos superam as perdas? (DWORKIN, 2002, p. 358)

Os argumentos favoráveis a um programa que discrimine em favor dos negros, por exemplo, são ao mesmo tempo utilitaristas e ideais. Os argumentos utilitaristas se baseiam, mesmo que indiretamente, em preferências externas, enquanto os argumentos de ideal não se baseiam em preferências, mas sim no argumento de que uma sociedade mais igualitária será melhor, independente de seus membros preferirem a desigualdade, sendo que este argumento, segundo o autor, não negaria a ninguém o direito de ser tratado como igual. (DWORKIN, 2002, p. 364-365).

Ou seja, de acordo com as lições de Dworkin, o argumento utilitarista que se respalda nas preferências pode aparecer num argumento igualitário, mas se forem analisadas as diversas preferências existentes na sociedade, tal argumento igualitário se demonstrará enganoso.

Ademais, os argumentos utilitaristas que pretendem justificar a segregação não são errados apenas em seus detalhes, mas também inapropriados em princípio. Isto porque em outros casos, a contabilização das preferências externas viola os direitos dos cidadãos de serem tratados como iguais, considerando que em alguns casos, o sucesso das preferências pessoais de um candidato dependerá da estima e aprovação dos outros (DWORKIN, 2002, p. 366).

Dessa forma, Dworkin (2002, p. 368) conclui que os argumentos favoráveis a um programa de admissão que discrimine os negros, por exemplo, em admissão nas universidades, são argumentos utilitaristas baseados em preferências externas, violando o direito constitucional dos negros de serem tratados como iguais.

O referido autor ressalta a importância de se estabelecer as diferenças necessárias para o entendimento das injustiças decorrentes das classificações raciais. Em razão disso, defende (DWORKIN, 2002, p. 369) que um programa de admissão preferencial poderá não criar uma sociedade mais igualitária – mas não é correto afirmar que tais

programas não injustos, mesmo quando funcionam, pois o autor afirma que é necessário ter cautela para que a Cláusula de Igual Proteção não seja utilizada para fraudar a igualdade.

Dworkin afirma que uma política não deve se adequar às preferências da sociedade, mas sim às reais necessidades dos membros que pertencem aos grupos mais vulneráveis. Tal concepção visa dar efetivação à justiça material, por meio de uma postura ativa do Estado.

Dessa forma, o que vai respaldar um programa de ação afirmativa será o respeito aos direitos dos indivíduos de serem tratados como iguais, mas tal afirmação do autor só será compreendida através do conceito de igualdade num sentido material, não meramente formal.

De fato, o argumento ideal que se baseia na concepção de que uma sociedade igualitária será uma sociedade melhor, não negaria a ninguém o direito de ser tratado como igual. A proposição ideal de Dworkin requer a possibilidade de que o indivíduo determine seu destino com base em suas próprias escolhas e circunstâncias.

A separação entre as desigualdades decorrentes das escolhas dos indivíduos e das circunstâncias advindas da ausência de oportunidades é fundamental na teoria de Dworkin, e somente a partir dela é possível desenvolver uma teoria liberal igualitária sensível à ética. Separando as desigualdades causadas por circunstâncias das causadas por escolhas, é possível clarear as condições para o desenvolvimento de princípios que procurem eliminar os efeitos do primeiro tipo de desigualdade e permitir os do segundo. Baseado nessa operação, o indivíduo não poderia culpar o Estado pelos resultados de suas próprias ações ou alegar injustiças perpetradas por ele.

Contudo, deve ser feito um acréscimo nesta afirmação, no sentido de que o conceito de sociedade igualitária deve ser analisado de forma conjunta com o conceito de dignidade humana, pois é justamente a dignidade humana que sustentará o tratamento diferencial dado às minorias.

Considerações finais

Em verdade, as sociedades estão em sucessivos processos de transformação, tornando, assim, mutável o conceito de igualdade, tanto

em relação à época, ou em relação a determinado grupo. Diante dessa mutabilidade, o que se entende como igualdade jurídica em determinado país pode não ser da mesma forma entendida em outro país e, ainda, a isonomia de tempos passados pode não equivaler ao que se entende hodiernamente e tampouco servir como parâmetros efetivos para calcar previsões do que será ela em tempos vindouros.

O Direito, para concretizar a justiça, se utiliza dos critérios isonômicos, ora determinando o equilíbrio, ora o desequilíbrio positivo, uma vez que há desigualdades provenientes de inúmeras divergências, dentre elas as desigualdades humanas, que privam muitos até de ter as suas necessidades básicas supridas.

Rawls intensifica os debates ao propor a exigência da aplicação das liberdades fundamentais a todos os indivíduos bem como apregoa acerca da justiça distributiva, que faz das desigualdades um conjunto contido nas igualdades, pois, em caso de existência daquelas, serão inseridas na esfera maior das igualdades, sendo, por conseguinte, aceitáveis.

Dworkin expõe suas idéias ao debater casos jurídicos que ocorreram nos Estados Unidos. Contudo, de igual modo, seus argumentos são de suma importância para o debate sobre a legalidade e justiça das ações afirmativas.

O conceito de sociedade igualitária deve ser analisado de forma conjunta com o conceito de dignidade humana, pois é justamente a dignidade humana que sustentará o tratamento diferencial dado a determinada ‘classe’ de pessoas.

É preciso entender que as ações afirmativas não estão respaldadas na concepção de justiça compensatória, pois esta ideia limitaria a sua concessão, visto que só poderia ser “compensado” quem porventura tivesse um direito violado, sendo que somente poderia ser “penalizado” quem causasse, de fato, tal violação.

Por meio da distribuição igual de oportunidades, deve ser dado tratamento diferenciado às classes menos favorecidas, o que não significa dizer que os demais sofrerão por pertencerem à classe não incluída nas ações afirmativas, pois essas pessoas já estão em posição de vantagem, sendo medida de justiça dar tratamento diferenciado.

Portanto, a análise da constitucionalidade de uma ação afirmativa deve ser direcionada para as suas finalidades. Se a medida for necessária

para que seja efetivada a justiça material, ou seja, se a política afirmativa atende às reais necessidades dos grupos mais vulneráveis, o princípio constitucional da igualdade estará sendo respeitado e, por conseguinte, a ação afirmativa será justa.

Dessa forma, uma postura neutra do Estado, no sentido de ignorar tais necessidades representará afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que inviabilizaria a inserção da diversidade no sistema democrático.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *A virtude soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GARGARELLA R. Teorias da justiça depois de Rawls um breve Manual de filosofia política, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2008.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou material, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- LOPES, Gláucia Gomes Vergara. *A Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: A efetividade das Leis Brasileiras*. São Paulo: LTR, 2005.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe: obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia*. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36.
- MEDEIROS, Carlos Alberto. *Racismo, preconceito e intolerância*. São Paulo: Atual, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: RT, 2009.
- MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. São Paulo: USP/Cadernos de Pesquisa, n. 117, novembro/2002.
- MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O liberalismo político*, São Paulo: Ática, 2000.
- _____. *Uma teoria da justiça*. 2ª ed. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica, in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 15, 1996.
- _____. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: macielalvaro@gmail.com; alinehamdan@gmail.com

Eu, tu, ele e nós: o acidente de trabalho afetando a dignidade do trabalhador e a prevenção por políticas públicas das empresas¹

I, you, him and us: work accidents affecting worker dignity and prevention by public policies of companies

CARMEN CAROLINE FERREIRA DO CARMO NADER²
LUCIANE MARA CORREA GOMES³

Resumo: As empresas têm função social destinada à preservação da incolumidade física do trabalhador, condição alçada à categoria de direitos humanos, tendo em vista o prejuízo que todos os interessados passarão a arcar no seu afastamento das atividades laborais. O foco da pesquisa é a análise da condição do trabalhador acidentado, através da caracterização do infortúnio laboral, o reflexo desta relação empregado e empregador para a sociedade e observando a implementação de políticas públicas pelas empresas, com o intuito de reduzir os impactos da sua responsabilidade ante o obreiro e preventivamente para reduzir a ocorrência de sinistros, pelo estudo da progressão dos índices de acidente de trabalho, geograficamente restrito ao Pólo Empresarial da Pavuna, no Rio de Janeiro, verificando as estatísticas das comissões internas de prevenção de acidentes em pesquisa realizada pelos acadêmicos do Curso de Administração de Empresas da Faculdade Mercúrio.

Palavras chave: *Acidente de trabalho. Dignidade da pessoa humana. Condição hipossuficiente do trabalhador.*

¹ Entregue: 5.1.2017; aprovado: 13.3.2017.

² Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis (RJ). Bacharel em Direito pela Universidade Iguaçu. Advogada. Professora na Universidade Iguaçu. Endereço eletrônico: carmenccaroline@gmail.com.

³ 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.

Abstract: Companies have social function aimed at preserving the physical safety of the worker, heave condition to the category of human rights, in view of the prejudice that all stakeholders will to bear on their departure from the labor activities. The focus of research is the analysis of the injured worker condition, through the characterization of the labor misfortune, the reflection of this relationship the employee and employer to society and observing the implementation of public policies by companies, in order to reduce the impacts of their responsibility before the worker and preventively to reduce the occurrence of accidents, the study of the progression of the accident rates of work, geographically restricted to the Corporate pole Pavuna, in Rio de Janeiro, checking the statistics of internal accident prevention committees on research conducted by academics from the Faculty Mercury Business Administration course.

Key words: *work accident. Dignity of human person. worker hipossuficiente condition.*

Introdução

O afastamento do trabalhador por um acidente de trabalho pode ser identificado como o cerceamento da capacidade do indivíduo tomar parte da sociedade que, hoje, está comprometida cada vez mais com o valor do trabalho e a capacidade do indivíduo possui de produzir e de adquirir bens de consumo e fazer a circulação do produto do trabalho de outras sociedades empresárias e, conseqüentemente, de arrecadação de impostos para o Estado. Seguindo esta linha de raciocínio, é importante pautar que a empresa deve, no seu agir, zelar de forma responsável e solidária no desempenho de suas funções sociais para a segurança do trabalhador.

Isto pode ser feito com a adoção de políticas públicas pela empresa, o que não deve ser campo de atuação restrita e exclusivamente do Estado, mas também encampada pelos agentes sociais uma vez que é destinada a proteção de toda a sociedade civil. Evidenciando uma participação democrática ao se inserir em programas preventivos que reflexivamente vão cooperar no bom funcionamento da empresa. Desta forma, está contribuindo também para o enraizamento da cidadania onde todos que, de forma direta ou indireta, tenham seus interesses

abarcados pela atividade empresarial, posto que o trabalhador ao detectar este cuidado com sua integridade física torna-se empoderado pela garantia de saber que a empresa preserva a sua integridade.

Esta preocupação deve ser objeto de atenção da academia, no sentido de que a proteção da integridade física do trabalhador não diz respeito apenas a relação de direito do trabalho, mas também de toda a comunidade da qual ele, enquanto sujeito de direitos, está inserido. Diz-se isto, pois o indivíduo, ao sofrer um acidente de trabalho, pode ser afastado de suas atividades de temporariamente até ao ponto de ser aposentado por invalidez, deixando de contribuir para a circulação de bens e serviços que são oferecidos pelo mercado, como fazia antes do acidente. É oportuno salientar que este indivíduo não deixará de receber a remuneração, pois há o deslocamento do pagamento feito pelo empregador para o Estado e, por fim, limitando a sua contribuição para o desenvolvimento do local onde exerça suas atividades laborais.

Desta forma, a pesquisa pretende identificar as políticas públicas adotadas pelas empresas para prevenção de acidentes de trabalho. Priorizando identificar o acidente de trabalho, uma vez que a legislação previdenciária estabelece uma gama de benefícios para o segurado e, na hipótese de não ter sido vítima de um acidente de trabalho, possa ser aplicado outra parcela securitária. Em seguida, o trabalho busca construir a conexão entre o sinistro laboral e a dignidade da pessoa humana, vez que a empresa será quanto mais responsável pela segurança do trabalhador quanto mais for prejudicial for o dano sofrido. Nesta linha de raciocínio, a empresa deverá aplicar para assegurar a saúde física e mental do trabalhador posturas que impliquem em políticas empresariais preventivas, com a finalidade de evitar que a previdência social apure a responsabilidade da sociedade empresária no evento lesivo.

A pesquisa será desenvolvida, a partir do referencial teórico de Robsbwann, para averiguar a capacidade de empregados e empregadores negociarem condições de trabalho, haja vista o poder econômico da sociedade empresária que evidencia a sua posição privilegiada na negociação e resgata os conceitos de Pierre Bourdier, para compreender o papel da sociedade nesta relação empregado e empregador.

Por derradeiro, o trabalho possui sua estrutura metodológica na forma bibliográfica para consubstanciar as divergências conceituais e contribuir na análise dos resultados os dados obtidos através a atuação do grupo de pesquisa do curso de Administração de Empresas da Faculdade Mercúrio, na cidade do Rio de Janeiro, no Brasil, que analisa os dados colhidos no Pólo Empresarial da Pavuna, situado em uma importante rota de escoamento de bens e serviços, por sua localização geográfica.

2. Investigando o acidente de trabalho

É cíclico o problema apontado neste trabalho, pois o trabalhador sente receio de sofrer um acidente de trabalho e ao postular a sua garantia legal de proteção, pois ao mesmo tempo em que é vítima, ele poderá ser rotulado como um percalço para a empresa, pois o acidente de trabalho repercute na qualidade de vida que não poder ser dissociada da condição anterior que o empregado possui antes do sinistro laboral. A empresa deve adotar todas as práticas possíveis para que o exercício das atividades pelos empregados não seja interrompido por uma lesão. O empregado deve ir para o trabalho e regressar a sua residência sem qualquer mácula a integridade física.

Por outro lado, o acidente de trabalho implica no reconhecimento tácito de que o Estado falhou ao deixar de fiscalizar as condições ambientais da empresa, assim é possível perceber que as falhas estão evidenciadas em todos os agentes sociais envolvidos. É oportuno mencionar que a falta de fiscalização pelo Estado implica diretamente na esfera de proteção do obreiro, haja vista que, ao se tornar vítima do acidente, será o trabalhador quem sofrerá as consequências físicas do evento danoso, mas também caberá ao Estado responder por sua omissão ao ter que efetuar o pagamento do benefício acidentário, não pode deixar de mencionar que a empresa também terá o custo de arcar com o pagamento das verbas salariais no caso de afastamento do obreiro, fator que deve ser levado à consideração quando da ponderação dos custos operacionais para a implementação de tais políticas públicas: está a empresa diante de um gasto ou de um investimento.

É possível pensar na segurança do meio ambiente do trabalho como aquela parcela mínima que o operário deva receber do Estado e da sociedade empresária no desempenho de suas funções, uma vez que como empregado, o indivíduo está contribuindo para o desenvolvimento do Estado, agindo para o desempenho da empresa e também da sociedade em que esteja inserido. Talvez seja por esta razão seja associada à relação de trabalho também está vinculada a qualidade de vida, como sinônimo de bem-estar. Espinosa (2012, p. 121) elucida que o bem estar do homem está estritamente vinculado ao viver bem socialmente, o que importa em solidificar o raciocínio que a lesão ocorrida no acidente de trabalho perturba diversas esferas de direito do homem. Desta forma, cabe reiterar que o trabalho digno é fruto da segurança oferecida pelo Estado Democrático de Direito, como delineado nos fundamentos da Constituição da República de 1988 e, alçado a condição de direito fundamental ao lado da moradia, da maternidade, da saúde, da previdência social, privilegiando a realidade fundamental do fenômeno jurídico, que é a consideração primordial e fundamental de que o homem é sujeito de direito e nunca objeto de direito (NERY JUNIOR, NERY, 2012, p. 121).

A legislação previdenciária brasileira é pontual ao determinar o infortúnio laboral, como apontado na redação do artigo 19 da Lei Federal n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que regulamenta os benefícios previdenciários, como aquela lesão fruto do exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Complementando a explanação sobre o acidente típico de trabalho, tem-se como característica a exterioridade da causa, a violência, a subitaneidade e a relação com o exercício do trabalho. Hipótese onde a incapacidade do empregado se da na execução de determinada tarefa laboral o local de trabalho. (MIRANDA, 2007, p. 231).

Em uma provocação bastante suntuosa, este fato gerador importa para a sociedade o custo para a fonte de custeio da Seguridade Social, uma vez que foi constatado que o Instituto Nacional da Previdência Social somente no ano de 2010 efetuou gastos estimados em 17 bilhões de reais com os benefícios auxílio-doença acidentário, auxílio-acidente,

habilitação e reabilitação profissional e pessoal, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, dados obtidos a partir do Programa Trabalho Seguro do Tribunal Superior do Trabalho (2016).

Importante asseverar que o trabalho não se ocupa das doenças que são, pela legislação previdenciária, equiparadas a acidente de trabalho, a despeito da doença profissional, cujo nexó de causalidade se encontra no desempenho das funções que geram patologias pelo desforço feito nas atividades laborativas. Oportuno frisar que qualidade de vida está vinculada a subjetividade das pessoas que se associam a este conceito bem próximo a dignidade da pessoa humana (HERMIDA, 2007, p. 88).

Neste ponto, cabe a pautar o posicionamento nas idéias de Eric J. Hobsbawm acerca da capacidade de negociação de condições de trabalho, onde o Estado deveria inferir para que empresas e empregados não tivessem qualquer condição de reduzir políticas de prevenção a acidentes de trabalho, bem como o Estado formular atos fiscalizatórios no sentido de fiscalizar para não arcar com o custeio de benefícios:

Como podiam os trabalhadores no começo da economia industrial decidir que salários e condições aceitar e que esforço aplicar ao seu trabalho, supondo que tivessem alguma escolha? Eles raramente nos disseram, de forma que somos forçados a conjeturar, baseados em parte na observação, e em parte na análise dos dados históricos dispersos.

Nenhum problema inicial de determinação do salário surgia para os não habilitados ou aqueles com oferta abundante. Eles tinham que aceitar um salário de subsistência (se fossem homens), ou um fixado de tal maneira simplesmente para atrai-los para longe do (digamos) trabalho rural. (As mulheres e as crianças naturalmente recebiam menos do que o da subsistência, mas já que a taxa deles era fixada normalmente em relação ao salário masculino, podemos desprezá-los). O fato de os salários da mão-de-obra não habilitada serem fixados nos custos de subsistência ou vem volta deles é esmagadoramente atestado pelos teóricos, industriais e historiadores. Podemos, portanto tomar o salário de subsistência do trabalhador não habilitado ou abundante ou do trabalhador rural como ponto de referência, em relação ao qual todos os outros graus fixavam suas próprias posições. (HOBSBAWM, 2012, p.401).

Neste pólo, cabe formular um apêndice para refletir acerca da sociedade, a partir da visão de Pierre Bourdieu, avaliando o comportamento de cada um dos agentes incorporados, em especial, nas relações do trabalho.

A sociedade – elabora uma frase cujo sujeito é “a sociedade” consiste em envolver-se em um contrassenso, mas sou obrigado a falar assim para avançar mais rapidamente – existe de duas maneiras: ela existe na objetividade, sob a forma de estruturas sociais, de mecanismos sociais – por exemplo, os mecanismos de recrutamento das grandes escolas, os mecanismos do mercado, etc. E ela existe também nos cérebros, nos indivíduos; a sociedade existe em estado individual, em estado incorporado; ou dito por outras palavras, o indivíduo biológico socializado é algo de social individualizado. (BOURDIEU; CHARTIER, 2012, p. 60).

Sob estas circunstâncias, percebe-se que existe de um lado a empresa que impõe as suas condições para a manutenção do contrato de trabalho, bem como a preservação do meio ambiente do trabalho e na outra ponta, uma ausência de compreensão de como a manutenção do bem-estar e da integridade física do trabalhador é um dos componentes para a manutenção da livre circulação da moeda e do poder de compra: ícones do sistema capitalista, no qual a sociedade brasileira está inserida.

Explica-se, pois, quando o trabalhador deixa de fazer parte da cadeia consumerista da economia isto irá representar uma diminuição no seu poder de compra afetando a economia da comunidade e acresce ainda o empregado que vem a ser afastado de suas atividades por sofrer um acidente de trabalho, torna-se para o Estado um encargo, pois mesmo sendo inscrito e segurado do sistema previdenciário, o benefício não corresponde a integralidade dos seus rendimentos.

Daí a observação de que o meio ambiente do trabalho é propício ao desenvolvimento de inúmeros problemas decorrentes da necessidade existente entre o aumento na produção e a busca constante por salários melhores. Esta posição é referendada por Eric J. Hobsbawm ao sinalizar estas evidências na relação de trabalho na iniciativa privada, refletindo até as sociedades hodiernas.

O princípio básico da economia da iniciativa privada do século dezanove era comprar no mercado mais barato e vender no mais caro. Para o patrão, comprar a mão-de-obra no mercado mais barato significava comprá-la pela taxa mais baixa de unidade de produção, isto é, comprar a mão-de-obra no mercado mais barato significava comprá-la pela taxa mais baixa de unidade de produção, isto é, comprar a mão-de-obra mais barata da mais alta produtividade. Inversamente, para o trabalhador, vender o seu trabalho no mercado mais caro significava logicamente vendê-lo pelo preço mais alto pela produção unitária mínima. Obviamente era vantagem para o assentador de tijolos receber 7 d por uma hora, o que significava o assentamento de 50 tijolos em vez de 100. a situação ideal almejada pela economia clássica era aquela em que a taxa do salário era fixada exclusivamente através do mercado sem a intervenção da compulsão econômica de qualquer das partes. Para os patrões isto significa ter um exercito permanente de mão-de-obra de reserva de todos os graus necessários de habilitação para o emprego permanente dos trabalhadores, pleno ou melhor superpleno. Significava também que ambas as partes seriam atuadas por motivos de mercado: os patrões pela busca do mais alto lucro possível (o que significava o mais baixo custo possível da mão-de-obra), os trabalhadores pela busca do salário mais alto possível (o que significava sensibilidade completa aos incentivos salariais). (HOBBSAWM, 2012, p. 252-3)

Para que se possa inaugurar o diálogo com o sentimento do operário no ambiente fabril é necessário estabelecer que a partir da Revolução Industrial, o fenômeno da globalização tornou-se uma constante, em progressão geométrica, no mercado internacional. Neste sentido, é mais fácil compreender os efeitos da globalização, reconhecida como um fenômeno complexo e, como sendo um processo espontâneo, homogêneo, atingindo diversas sociedades, construída por homens e mulheres, compondo uma massa de excluídos em todo o planeta. O que implica assegurar que o acidente de trabalho ocupa reflexos em toda a sociedade, repercutindo o evento sobre a redução do poder de compra do trabalhador, contribuindo para isto o lapso temporal que o obreiro ficará afastado de suas funções.

3. Dignidade da pessoa humana a proteção ao trabalhador

Sem deixar de considerar que tratam-se de direitos humanos que merecem a proteção estatal, consagrando os esforços pela reconstrução econômica e consecução da estabilidade nas relações internacionais, bem como o favorecimento dos direitos de minorias étnicas, reconhecimento dos apátridas e proteção das vítimas de genocídios, a partir de uma visão eurocêntrica subjacente à identificação entre dignidade, justiça social e direitos humanos. As relações de trabalho e a dominação do detentor da força produtiva sob o portador da mão-de-obra são primordiais para estabelecer que os conceitos de empregador e empregados existentes na Consolidação das Leis Trabalhistas, respectivamente anotados nos artigos 2º e 3º estão para além da fixação de posições no campo sociológico.

A garantia constitucional da dignidade da pessoa humana revela a existência de um desequilíbrio entre as prestações oferecidas pelas relações sociais entre os particulares e também entre o particular e o Estado, deixando exposto que dignidade tem natureza igualitária, imprime a ideia de solidariedade, como também aponta para a opção polêmica de não tolerar a renúncia da parcela mínima da vida em sociedade. Diante desta posição, é possível afirmar que a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro, em análise feita por Nery Junior e Nery quando comparada a dignidade inserida na Carta de 1988 com a dimensão inscrita na bula *Evangelium Vitae* do Papa João Paulo II (2012, p. 185), fazendo a interface de que não se trata meramente de um princípio ou de condições postas ao cumprimento pela sociedade, mas como estrutura ao sistema jurídico vigente.

Nesta esteira, é possível referendado voto do Ministro Celso Melo, do Supremo Tribunal Federal, que delineou o conceito de dignidade da pessoa humana, nos autos da Medida Cautelar no Habeas Corpus 85.988-PA, como princípio central do sistema jurídico, sendo aplicado como valor fonte inspirado a ordem pública e democrática.

Por conclusivo, pelo que foi exposto, é capaz de se formular a ideia que a qualidade de vida do trabalhador e a dignidade da pessoa humana

do trabalhador têm por objetivo a saúde ocupacional como proteção do direito à vida, buscando a conexão que o direito à vida foi, por muitas vezes, confundido com instintos de defesa e de sobrevivência, mas não deixando de ser identificado como um dos fins essenciais do Estado e razão de sua existência (SARLET, 2014, p 363).

4. O estudo de caso do pólo empresarial da Pavuna

O bairro da Pavuna faz parte da XXV Região Administrativa do Município do Estado do Rio de Janeiro, que tem seu núcleo urbano instituído nos idos de 1940 a 1950 e a área industrial criada em 1951. Com população de 97.350 habitantes, sendo constituída de população na faixa de 15 a 64 anos de 66.782 indivíduos.

O Pólo Empresarial da Pavuna, situado no sub-bairro Parque Columbia, no Município do Rio de Janeiro, tem como peculiaridade estar situado as margens da Rodovia Presidente Dutra, fazendo limite com vários municípios da Baixada Fluminense. Desta forma, o pólo está posicionado de forma logística ao escoamento da produção ocorrida nas empresas e hábil ao deslocamento dentro da Unidade Federativa, uma vez que a Rodovia interliga outros municípios e outras unidades federativas.

Originariamente, o Pólo é composto por trinta e três empresas e a pesquisa está destinada a verificar a ocorrência de acidentes de trabalho, com óbito e com afastamento de empregados, assim como o intervalo existente entre os sinistros acidentários, sendo necessário destacar a importância este pólo colaborador no desenvolvimento local para a comunidade.

O objeto de estudo dos acadêmicos do curso de administração de empresas da Faculdade Mercúrio, também situada na Pavuna, foi buscar obter o cruzamento de dados do número de acidentes ocorridos e a data do sinistro, com o fim de fazer o mapeamento da existência de afastamento de trabalhadores. Constituído por empresas do ramo de cosmético, tecnologia, indústrias, logística, prestação de serviços, comércio, metalúrgica, transporte, locação de armazéns e terminais de cargas. Assim consideradas atividades que necessitam acolher as

normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, em especial, as de n. 4 e 5, respectivamente, disciplinando os serviços especializados em engenharia de segurança e em medicina do trabalho e Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA.

Destas 30 sociedades empresárias, apenas nove se dispuseram a acolher os acadêmicos para explicitar os sinistros laborais, onde não foi relatada a existência de óbito, apenas o afastamento do trabalhador. Outro assunto que merece consideração é o fato de que o intervalo existente entre o último acidente e o anterior tem intervalo entre 35 a 391 dias, o que evidencia a efetiva campanha preventiva de acidentes de trabalho, direcionadas e planejadas pelas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes de Trabalho, é possível ainda apontar que, nos eventos lesivos, o afastamento dos acidentados demandou de 15 a 97 dias, recorrendo, desta forma, ao gozo do benefício previdenciário, indicando que houve falha nas políticas adotadas.

5. Disposições finais

Um dos aspectos que abarca a temática desta pesquisa é a compreensão da relação existente entre a empresa e o empregado. A utilização da mão-de-obra do trabalhador não é permeada de igualdade, como conteúdo subjetivo desta relação contratual. Destaque deverá ser conferido à posição da empresa, que como detentora do poder econômico e da vontade de pactuar.

Desta forma, submete ao trabalhador suas condições, assim nascem os preâmbulos de desequilíbrio e de desigualdade. Forjado o contrato nestas cláusulas, verifica-se que a exploração da mão-de-obra não se dá apenas no condão financeiro, mas também de dominação por regras silenciosas, como a impotência do trabalhador perante situações de risco.

A segurança do trabalho pode ser analisada como parcela do direito social do obreiro em manter a sua incolumidade física preservada, uma vez que o meio ambiente laboral deve estar revestido de condições mínimas para o desempenho das atividades econômicas da empresa. Em linha diametralmente oposta, na ocorrência do acidente de trabalho, o Estado tem o poder-dever de fiscalizar e buscar minimizar os reflexos

das atividades que exponham a saúde e integridade física do trabalhador, por que a falha no mecanismo de equilíbrio entre as tarefas desempenhadas e o risco que lhes são inerentes causou um ônus para o ente previdenciário.

Desta forma, pensar a segurança do trabalho a partir da análise os índices de acidentes de trabalho, que, por diversas ocasiões, não são caracterizados pelas empresas, têm de cunho nefasto para o trabalhador. A adoção de políticas públicas destinadas às empresas, com a finalidade de desenvolver a preservação do meio ambiente laboral, tendem a incorporar dinâmicas voltadas para a segurança do trabalho está estritamente vinculada ao bem-estar do indivíduo e da sociedade, sem deixar de consignar que a aferição da responsabilidade do empresário não deve ser afastada.

O maior adversário do empresário é o Estado que ao lhe impor em igual proporção determinadas condutas, a exemplo do que ocorre com as diretrizes de segurança do trabalho está criando métodos que são desproporcionais ao pleno desenvolvimento da atividade empresária. Não obstante a ponderação de interesses visível entre a liberdade de desenvolvimento da atividade profissional e a integridade física do trabalhador ao ambiente obreiro. É possível pensar na aplicação proporcional destas regras para que haja uma capacidade de cumprimento sem o sacrifício de quaisquer dos interesses em jogo.

A caracterização dos acidentes de trabalhos ocorridos no Pólo Empresarial da Pavuna, que é limítrofe com diversos municípios do Estado do Rio de Janeiro, incluindo acesso a outras unidades federativas, onde não há disposição das sociedades empresárias apresentarem os dados para o fiel aprofundamento desta investigação, ensejará uma continuidade nas pesquisas, uma vez que somente trinta por cento das empresas ali situadas se disponibilizaram a receber futuros administradores de empresas que deverão estar envolvidos na diligência do cuidado com a saúde do trabalhador.

REFERÊNCIAS

- BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- BOURDIEU, Pierre. CHARTIER, Roger. **O sociólogo e o historiador**. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira com a colaboração de Jaime A. Clasen. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Autentica, 2012.
- BRASILIA. Congresso Nacional. Lei Federal n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em 01.novembro.2016.
- BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Habeas Corpus processo n. 85988-PA**. Relatoria Ministro Celso de Mello, decisão monocrática. J. 7.6.2005. DJU 10.06.2055. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(85988.NUME.+OU+85988.ACMS.\)&base=baseAcordaos&url](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(85988.NUME.+OU+85988.ACMS.)&base=baseAcordaos&url). Acesso em 29.outubro.2016.
- BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Programa Trabalho Seguro. Disponível em <http://tst.jus.br/web/trabalhoseguro/resolucao>. Acesso em 01.novembro.2016
- ESPINOSA, Baruch de. **Breve tratado de Deus, do homem e do seu bem-estar**. Prefácio Marilena Chauí. Introdução Emanuel Ângelo da Rocha Frago. Erika Marie Itokazu; tradução e notas Emanuel Ângelo da Rocha Frago, Luis Cesar Guimarães Oliva. Belo Horizonte: autentica. 2012.
- HERMINA, Denis Domingues. **As normas de proteção mínima da integridade física do trabalhador e a sua proteção nos direitos individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr. 2007.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- HOBBSBAWM, Eric J. **Os Trabalhadores**. Estudos sobre a História do Operariado. Tradução de Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiro. 4ª. reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2012.
- MIRANDA, Jedrael Galvão. **Direito da Seguridade Social: direito previdenciário, infortunística, assistência social e saúde**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª. Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: carmencaroline@gmail.com; lucianemara@uol.com.br.

A Proteção do Patrimônio Histórico Edificado como Garantia da Dignidade da Pessoa Humana e do Desenvolvimento Sustentável¹

The Protection of Historic Heritage Built as a Guarantee of the Dignity of the Human Person and Sustainable Development

DOUGLAS PREDO MATEUS²
VIVIAN VALVERDE COROMINAS³

Resumo: Este trabalho tem por objetivo discorrer sobre a garantia da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento sustentável a partir da proteção do patrimônio histórico edificado, principalmente no tocante a utilização do instituto da desapropriação.

Isto porque, a proteção do patrimônio histórico edificado, garante às atuais e futuras gerações referência a identidade e memória dos povos, assegurando-lhes a dignidade cultural.

Por esta linha, o instituto da desapropriação é de suma importância para o Estado garantir o direito à dignidade cultural de sua população através da desapropriação, como sendo esta uma forma de se preservar o patrimônio histórico edificado, como direito fundamental e difuso do homem.

Justifica-se a desapropriação promovida pelo Poder Público visando garantir a efetividade da proteção do patrimônio cultural, tal como prescrita no artigo

¹ Entregue: 5.1.2017; aprovado: 13.3.2017.

² Procurador Legislativo no Município de Cubatão, Advogado, Doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), Mestre em Direito Internacional E Especialista em Processo Constitucional pela mesma instituição, membro do Grupo de Pesquisa em Governança Global. Professor Universitário. douglasmateus@uol.com.br

³ Assessora Institucional na Prefeitura de Guarujá, Procuradora Municipal licenciada, advogada, mestranda em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), pós-graduada em Direito Público e em Direito Notarial e Registral Imobiliário, membro do Grupo de Pesquisa sobre Direito Ambiental das Cidades (UNISANTOS) e patrocinada pela CAPES/PROSUP. vivianvc_adv@hotmail.com

216 da Constituição Federal Brasileira. A norma constitucional responsabiliza o Estado, juntamente com a sociedade pela promoção e proteção dos bens culturais.

Por sua vez, o Código Civil Brasileiro, ao dispor sobre o direito de propriedade, é claro ao condicionar o seu exercício às suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico.

O estudo se preocupa com as ameaças ao meio ambiente cultural, que demandam decisões e ações a serem tomadas atualmente, observando-se os interesses das gerações presentes e futuras, de que trata a Declaração sobre as responsabilidades das gerações presentes em relação às gerações futuras, adotada em 12 de novembro de 1997, pela Conferência Geral da UNESCO.

Neste contexto têm papel importante as disposições do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO.

Por fim, destacar-se-á a importância da atuação do Estado, em conjunto com a sociedade, garantindo a todos o exercício dos direitos culturais e a dignidade da pessoa humana.

Palavras chave: *Preservação – Patrimônio Histórico Edificado – Desapropriação – Função Social da Propriedade.*

Abstract: This work aims to discuss the dignity of the human person guarantee and sustainable development based on the protection of the historical heritage, mainly on the expropriation institute.

Because, the protection of the built historical patrimony, guarantees to the present and future generations reference to their people identity and memory, assuring cultural dignity.

Thus, the expropriation institute is the State's utmost importance in order to guarantee the cultural dignity right to the population, this is way preserving the historical patrimony, understood as a fundamental and diffuse human right.

The expropriation promoted by the Public Power is justified to guarantee protection effectiveness to citizen's cultural patrimony, just as prescribed in 216th article of the Brazilian Federal Constitution. The constitutional norm responsibilities the State, together with society for the promotion and protection of cultural assets.

Brazilian Civil Code on its turn, disposing about right of property, is very clear conditioning its exercise to the economic and social purposes, so that preserves the flora, fauna, natural beauties, ecological balance and the historical and artistic heritage.

The study concerns to the cultural environment threats, which demand actual decisions and actions, behalving the interests of present and future generations,

those declared on the responsibilities of present generations for future generations Declaration, adopted on 12 November 1997 by UNESCO's General Conference.

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, as well as the UNESCO Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, play an important role in this context.

It is also suggested the promotion of public policies according to the International Treaties and Conventions, including situations that violate cultural rights and other fundamental rights.

At last, we must highlight the State actions importance, together with society, guaranteeing the exercise of cultural rights and the dignity of the human person.

Key words: *Preservation – Built Historic Patrimony – Expropriation – Social Function of Property.*

Introdução

Este trabalho tem por objetivo discorrer sobre a garantia da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento sustentável a partir da proteção do patrimônio histórico edificado, principalmente no tocante a utilização do instituto da desapropriação.

Isto porque, a proteção do patrimônio histórico edificado, garante às atuais e futuras gerações referência a identidade e memória dos povos, assegurando-lhes a dignidade cultural.

Por esta linha, o instituto da desapropriação é de suma importância para o Estado garantir o direito à dignidade cultural de sua população, como sendo esta uma forma de se preservar o patrimônio histórico edificado, como direito fundamental e difuso do homem.

Justifica-se a desapropriação promovida pelo Poder Público visando garantir a efetividade da proteção do patrimônio cultural, tal como prescrita no artigo 216 da Constituição Federal Brasileira. A norma constitucional responsabiliza o Estado, juntamente com a sociedade pela promoção e proteção dos bens culturais.

Por sua vez, o Código Civil Brasileiro, ao dispor sobre o direito de propriedade, é claro ao condicionar o seu exercício às suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados a flora, a fauna,

as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico.

O estudo se preocupa com as ameaças ao meio ambiente cultural, que demandam decisões e ações a serem tomadas atualmente, observando-se os interesses das gerações presentes e futuras, de que trata a “Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em relação às Gerações Futuras”, adotada em 12 de novembro de 1997, pela Conferência Geral da UNESCO.

Neste contexto têm papel importante as disposições do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO.

Sugere-se ainda, a promoção de políticas públicas adequadas aos Tratados e Convenções Internacionais, inclusive em situações que violem os direitos culturais e demais direitos fundamentais.

Por fim, destacar-se-á a importância da atuação do Estado, em conjunto com a sociedade, garantindo a todos o exercício dos direitos culturais e a dignidade da pessoa humana.

1. Convenções internacionais sobre a proteção do patrimônio cultural e a dignidade da pessoa humana

Em 1972, a Conferência Mundial das Nações Unidas, em Paris, elaborou a Convenção para Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural, sob o argumento de que os patrimônios culturais e naturais estão cada vez mais ameaçados de destruição, não apenas pelas causas tradicionais de degradação, mas também pela evolução da vida social e econômica, de modo que a degradação ou o desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui um empobrecimento efetivo do patrimônio de todos os povos do mundo.

Percebeu-se que tão-somente a proteção nacional de mencionados patrimônios que se revestem de excepcional interesse para a humanidade não eram efetivos, por ausência, muitas das vezes, de recursos econômicos para salvaguardar o bem da deterioração e da destruição.

Foi por esta linha que mencionada convenção foi elaborada, de modo que cria uma responsabilidade solidaria, entre os Estados que a ratificaram, que se comprometem a contribuir para a identificação, proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural caso o Estado no território ao qual tal patrimônio se encontrar o solicitar, criando, assim, um sistema de cooperação e de assistência internacional, isto porque, os bens considerados patrimônio mundial, cultural e natural de valor universal excepcional, contam com o auxílio do Fundo do Patrimônio Mundial.

Importante frisar que, ao reconhecer a importância da preservação do patrimônio cultural, no caso do presente estudo, o edificado, a Organização das Nações Unidas está colocando em prática o disposto no artigo XXII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garante a todo ser humano os direitos culturais, sendo estes indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade, ou seja, à dignidade cultural.

Por esta linha, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômico, Sociais e Culturais (1966) foi elaborado sob a premissa de que, *“em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do medo e da miséria não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um desfrutar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”*

Ademais, a Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 20 de outubro de 2005, celebrada em Paris, afirma que a diversidade cultural é uma característica essencial da humanidade, constituindo patrimônio comum desta, a ser valorizado e cultivado em benefício de todos, constituindo num dos principais motores do desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações.

Mencionada convenção visa reconhecer a necessidade de adotar medidas para proteger a diversidade das expressões culturais incluindo seus conteúdos, especialmente nas situações em que expressões culturais possam estar ameaçadas de extinção ou de grave deterioração, nessa linha, insere-se o patrimônio histórico edificado como sendo uma forma de expressão cultural que remonta a determinada época.

Note-se que um dos princípios norteadores da mencionada convenção é o que dispõe que a diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, de modo que ninguém poderá invocar as disposições da presente Convenção para atentar contra os direitos do homem e as liberdades fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e garantidos pelo direito internacional, ou para limitar o âmbito de sua aplicação.

Nesse sentido, importante frisar a lição de Choay (2006) que dispõe que em virtude do enriquecimento do patrimônio histórico com surgimento de novos tesouros que não param de ser explorados e valorizados, há de se ressaltar que a indústria patrimonial representa, de forma direta ou indireta, para muitas nações, uma parte crescente do orçamento e renda, significando a sobrevivência econômica destas, isto em razão do turismo cultural, como por exemplo, ocorre no Peru, no caso de Machu Picchu; bem como no caso das Espanha, Portugal, França, Itália em que o turismo cultural representam forte fonte de renda, movimentando, sobremaneira a economia.

Acrescente-se que a proteção ao patrimônio histórico edificado está intimamente ligada à questão econômica, conforme acima mencionado, de modo que sua preservação, conservação e/ou restauração, para muitas nações, estados, cidades, pode significar o diferencial na movimentação da economia local, gerando empregos com o crescimento da rede hoteleira, aumentando ainda a arrecadação.

Assim, a questão da diversidade cultural com a proteção do patrimônio histórico edificado, significa não só a garantia do direito ao reconhecimento das origens de determinados povos, como também a possibilidade de se ter a integração cultural, possibilitando o conhecimento da História da humanidade, com a consequente movimentação da economia.

A título de exemplificação, remontando à civilização pré-colombiana incaica, extremamente desenvolvida para o período, a fim de perpetuar sua cultura, em ritual conhecido como “capacocha”, em oferenda ao Imperador, sacrificou em um culto religioso três crianças (hoje conhecidas como “Múmias de Llullaillaco”), que foram levadas a mais de 6739 metros de altitude, onde morreram, mas seus corpos

e vestimentas, devido as condições climáticas, quedaram-se intactos. Com elas, após estudos, foram encontradas 150 (cento e cinquenta) objetos que demonstravam a cultura incaica.⁴

Logo, pode-se dizer que mesmo nos rituais de sacrifício em que se acreditava em vida após a morte, bem como nas construções como as pirâmides do Egito em que se objetivava preservar os bens para pós vida, apesar de suas particularidades, estas estavam intimamente ligadas à preservação da cultura, a manter a memória para as futuras gerações.

O que se diz que é recente é a proteção jurídica ao patrimônio histórico edificado, no sentido de mantê-lo ligada a uma nação, as origens de um povo.

Não obstante a Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais trate da “expressão cultural”, imperioso reconhecer que esta está inserida também no patrimônio histórico edificado, através das criações artísticas que muitas vezes compõe a estrutura destes, que são verdadeiras obras de arte em formato de edifício, remontando a determinada época, como por exemplo, a arquitetura gótica, renascentista, etc.

É por esta linha que o princípio da igual dignidade e respeito por todas as culturas se traduz: *“a proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais pressupõem o reconhecimento da igual dignidade e o respeito por todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos indígenas”*

Assim, não há que se falar em dignidade da pessoa humana, desenvolvimento sustentável e proteção do patrimônio histórico edificado sem que haja o respeito a diversidade cultural.

2. Função social da propriedade

A ideia de que a propriedade deve cumprir sua função social não é nova, todavia, o instituto da função social da propriedade ganhou forças com a posição adotada por Duguit, que defendia que todo

⁴ <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/07/alcool-e-coca-sao-achados-no-cabelo-de-3-mumias-sacrificadas-pelos-incas.html>

indivíduo tem uma determinada função a desempenhar na sociedade, de forma que todos os atos realizados contrários a esta função seriam socialmente reprimidos e, a contrário senso, os atos que obedecessem esta tarefa seriam socialmente protegidos e garantidos. (DE ALMEIDA; MEDAUAR, 2004)

No ordenamento jurídico brasileiro, a função social da propriedade remonta à época em que o Brasil era colônia lusitana. Isso porque, naqueles tempos, segundo Nery e Viana (2000), após o fracasso da divisão do território da colônia em capitânias hereditárias, passou a ser adotado o regime das sesmarias, que condicionava a concessão de terras ao aproveitamento útil e econômico desta. Posteriormente, com a Lei de Terras, disciplinava-se a retomada das terras que não se tinha dado o devido aproveitamento; todavia, a questão somente foi elevada ao campo Constitucional em 1967, em que a Carta Magna manteve o direito de propriedade como direito fundamental e instituiu expressamente a função social da propriedade como princípio da Ordem Econômica e Social.

A Constituição Federal de 1988 manteve essa garantia, inclusive a incluindo no artigo 5º, inciso XXII, dispositivo este que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando assim a importância do instituto. Note-se ainda que, apesar da Constituição Federal não apontar um conceito de função social da propriedade, em diversos artigos ela dá as diretrizes para tanto.

Questiona-se: no que consiste a função social da propriedade?

A função social da propriedade é um limite imposto pela Constituição Federal ao direito de propriedade, que, antes, era absoluto, de modo que, a propriedade urbana, no Brasil, cumprirá sua função social quando respeitadas as regras expressas no plano diretor, que é o instrumento básico da política urbana do Município, que visa ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo o bem-estar da comunidade local (art. 182, parágrafo 2º, da Constituição Federal).

Assim, um imóvel que seja um patrimônio histórico edificado, estará cumprindo com sua função social se estiver sendo preservado por seu proprietário, evitando-se toda e qualquer forma de deterioração; caso contrário, poderá, em última instância, acarretar a perda da propriedade do imóvel.

A importância desta consequência, no tocante ao patrimônio histórico edificado, diz respeito a constatação de que a espécie humana conseguiu “*pela própria prática de conservação, realizar uma destruição que outrora levaria séculos.*” (CHOAY, 2006, p.232)

Ou seja, nem todas as guerras já ocorridas destruíram tanto o patrimônio histórico edificado quanto a própria ação humana em tempos de paz, sendo certo que diversos fatores corroboram para isso, o excesso de burocracia, ônus excessivo num País como o Brasil em que muitas vezes tem-se a dicotomia entre o direito à moradia e a preservação do patrimônio, bem como a especulação imobiliária e a inércia do próprio Poder Público em atuar na preservação de tais bens.

Daí a importância da função social da propriedade, dos institutos do tombamento e da desapropriação por utilidade pública na preservação do meio ambiente cultural, garantindo às presentes e futuras gerações o direito à sua identidade, a sua cultura.

3. A proteção do patrimônio histórico edificado

A proteção do patrimônio histórico edificado, no Brasil, surgiu tão-somente no século XX, tendo adotado o modelo Francês de proteção que, nas lições de Zandonade:

“(...) a fase inicial do processo de institucionalização jurídica da proteção da cultura se desenvolveu a partir do modelo construído na França, apoiado em dois pilares, se se estabeleceram na seguinte ordem: a criação de órgãos públicos específicos; e, segundo, a instituição de instrumentos de proteção.” (2012, 27-28)

No tocante ao primeiro aspecto, no Brasil, foi criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, através da Lei n.º 378, de 13 de janeiro de 1937, com sendo o órgão responsável pelo tombamento e conservação do patrimônio histórico, hoje denominado Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN); sendo certo que, atualmente, existem órgãos de proteção no âmbito estadual e municipal.

Note-se que no Brasil, a proteção do patrimônio histórico é relativamente nova no ordenamento jurídico, visto que, antes da Constituição Federal de 1934, esta proteção encontrava entrave no tocante ao conceito do direito de propriedade, ou seja, a característica de propriedade absoluta, sendo, tão-somente em 1934, com Estado Social Brasileiro, que se passou a tratar da questão (ZANDONADE, 2012)

Desde então, manteve-se a preocupação com mencionada proteção, de modo que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 216, parágrafo 1º, dispõe sobre a proteção do patrimônio cultural, instituindo o tombamento como umas das formas de proteção do patrimônio histórico.

Patrimônio histórico, nas lições de Choay (2006, 11) “*designa um bem destinado ao usufruto de uma comunidade que se ampliou a dimensões planetárias, constituído pela acumulação contínua de uma diversidade de objetos que se congregam por seu passado comum: (...)*”

Por esta linha, a Carta de Veneza (1964), defini em seu artigo 1ª, monumento histórico como sendo “*a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico. Estende-se não só às grandes criações, mas também às obras modestas, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural.*”

Nesse sentido, Choay (2006), ao citar Kersaint, menciona que os monumentos são ‘testemunhas irrepreensíveis da história’, visto que permitem construir uma multiplicidade de histórias: política, dos costumes, da arte, das técnicas – ao mesmo tempo que auxiliam na pesquisa intelectual e na formação das profissões e dos artesanatos; de modo que esta memória histórica terá o papel efetivo de memória viva, uma vez que mobilizará o sentimento de orgulho e superioridade nacionais.

Demonstra-se, portanto, que o patrimônio histórico nada mais é do que o elo das presentes e futuras gerações com seu passado, garantindo-lhe a identidade ideológica e cultural, daí a importância da proteção, em assegurar ao cidadão a preservação de sua identidade com o lugar, identidade como povo, de modo a não perder as raízes. Poder-se ia denominar de “identidade construída”, isto é, a identidade com o local.

Nesse aspecto, não bastava só a proteção constitucional, se fazia necessário uma norma infra legal que disciplinasse seu *modus operandi*

da forma em que se daria a conservação e preservação do patrimônio histórico, instituindo instrumentos aptos à garantia do meio ambiente cultural.

Assim, em 30 de novembro de 1937, foi editado o Decreto-lei n.º 25, que prescreve em seu artigo 1º que o patrimônio histórico e artístico nacional constitui o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico; sendo certo que o mesmo diploma legislativo institui como forma de proteção do patrimônio histórico edificado o tombamento.

Ocorre que, o instituto do tombamento por vezes impõe um ônus excessivo ao proprietário do imóvel que não tem condições de arcar com essa situação, isto porque, o artigo 17, do mencionado Decreto-Lei, dispõe que as coisas tombadas não poderão destruídas, demolidas ou mutiladas, tampouco serem reparadas, pintadas ou restauradas, sem prévia autorização do órgão responsável pelo tombamento, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Frise-se que, muitas vezes, nas cidades brasileiras, os bens tombados encontram-se nas áreas centrais que, no mercado imobiliário, tornaram-se áreas desvalorizadas em termos habitacionais, tendo estes espaços urbanos sido tomado por populações de baixa renda (muitas vezes invasoras desses bens) que não tem condições de arcar com o ônus da manutenção do patrimônio histórico edificado bem, como, em grande parte das vezes, não tem o conhecimento e a noção de que mencionados imóveis estão protegidos pelo manto do tombamento.

Assim, o efeito do tombamento acaba por ser contrário, pois o patrimônio histórico queda-se degradado ao invés de protegido.

Atentando-se para a possibilidade dos particulares não possuírem recursos para restauração, bem como conservação do imóvel tombado, mencionado diploma legal determina, como alternativa, em seu artigo 19, “caput”, que o proprietário, neste caso, proceda a comunicação do órgão responsável pelo tombamento sobre a impossibilidade de arcar com as despesas para a obras, sob pena de lhe ser aplicada multa correspondente ao dobro do valor da avaliação do dano sofrido pelo imóvel.

Neste aspecto, se o Poder Público verificar urgência na realização da obra, poderá realizá-las às expensas do erário, sem prévio aviso ao proprietário, demonstrando, assim, mais uma vez a supremacia do interesse coletivo sobre o particular, em relação aos bens tombado.

Note-se que, de acordo com o parágrafo 1º, do mencionado dispositivo, ao ser notificado, o órgão responsável terá 06 (seis) meses para proceder às obras de restauração e/ou conservação às expensas do erário, sendo certo que se nada for feito pelo Poder Público, o proprietário poderá requerer o cancelamento do tombamento, conforme previsão expressa do parágrafo 2º, do mesmo artigo.

Por outro lado, diante da burocracia imposta pelo instituto do tombamento ao particular e, muitas vezes, diante da situação de proprietários de baixa renda, sem instrução e sem condições financeiras de arcar com a preservação do bem imóvel, é que, considerando a importância do patrimônio histórico, o Poder Público pode agir e promover a desapropriação do bem. (FIGUEIREDO, 2013)

Nesse sentido, o Decreto n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública, prescrevendo em seu artigo 5º, item “k”, como sendo considerada utilidade pública “*a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza*”

Ou seja, o legislador brasileiro criou um segundo instituto de proteção do patrimônio histórico edificado em que transfere o ônus para si de preservação e conservação do bem, ao desapropriar o particular, passando a ser o proprietário do imóvel.

Ocorre que, mencionado instituto há de ser utilizado com cautela, visto que, apesar da propriedade ser transferida para o Poder Público, este terá que indenizar o proprietário pela perda da propriedade, salvo se houve alguma compensação de valores (desapropria-se devido ao valor elevado de multas impostas por ter deixado o patrimônio histórico se deteriorar, por exemplo).

Importante ainda, ressaltar que, tanto no caso do tombamento, quanto no caso da desapropriação, não há que se perder de vista o

princípio maior que rege o direito de propriedade no Brasil, qual seja, a garantia da função social da propriedade; de modo que, o descumprimento desta, pode acarretar a perda do imóvel por parte do particular.

4. Conclusão

O Direito ao Meio Ambiente Cultural é o elo entre o passado e o presente, e entre este e as futuras gerações, garantindo-lhe a dignidade da pessoa humana, conforme demonstrado nas Convenções Internacionais que asseguram a preservação do patrimônio histórico edificado como sendo um dos direitos humanos fundamentais.

Não se trata de um ônus ao Poder Público, visto que, se enfrentada a questão como forma de garantia da integração cultural, da preservação da identidade de um povo através do que denominou-se de “identidade construída”, garantindo-lhes o direito às raízes, esta proteção poderá ser revertida como um bônus à sociedade, na forma de movimentação da indústria cultural e, conseqüentemente, da economia.

O direito à cultura está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana visto que, ao preservar um bem imóvel, está preservando as referências, as raízes de um determinado povo, garantindo-lhe o direito ao conhecimento de seu passado, de suas origens, fazendo, assim, perpetuar no tempo uma cultura que pode ter sido exterminada.

Nesse aspecto que se diz que a proteção do patrimônio histórico edificado está intimamente ligada ao desenvolvimento sustentável, no sentido de preservar o meio ambiente cultural às futuras gerações.

Mencionada proteção, no Brasil, desconsiderando algumas tentativas esparsas mas infrutíferas, remonta ao século XX, o que pode-se dizer que é relativamente nova se comparado a países como França e Inglaterra.

Neste aspecto, inclusive, o Brasil adotou o modelo francês em que, primeiro, criou um órgão responsável pelo tombamento e conservação de seu patrimônio e, posteriormente, após a vaga disposição na Constituição de 1934, editou o Decreto-lei 25/37, que até hoje é a base da proteção do patrimônio histórico no País.

Conforme salientado, a proteção em questão demorou a ser aprovada no Brasil em razão do perfil de direito absoluto que era concedido

ao direito de propriedade, de modo que inviabilizava qualquer intervenção estatal nesta, ou seja, a propriedade não estava condicionada ao cumprimento da função social.

Restou narrado que o patrimônio histórico edificado, no Brasil, goza de dois instrumentos de proteção: o tombamento e a desapropriação por utilidade pública para fins de preservação do bem cultural, sendo certo que esta, em última instância é o meio mais eficaz que o Poder Público pode gozar para preservação de seu patrimônio histórico, visto que,

Isto porque, a desapropriação no caso pode vir a ocorrer sem que o Poder Público tenha que indenizar o proprietário do bem, quando este deixar de cumprir com a função social do imóvel de modo que as sanções a ele aplicadas inviabilizem a manutenção do direito de propriedade.

Por outro lado, dada a importância do patrimônio histórico, visando a garantia da dignidade da pessoa humana, no sentido de direito fundamental da coletividade, o Poder Público pode promover a desapropriação por utilidade pública, indenizando o proprietário.

Assim, conclui-se que a forma de preservação do patrimônio histórico edificado, como meio de garantia da dignidade da pessoa humana, pode se dar através da desapropriação, sendo esta uma faculdade do Poder Público

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 nov. 2016.

_____. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

_____. **Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Desapropriações por Utilidade Pública.

_____. **Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937**. Dá nova, organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública.

CHOAY, Françoise. **A alegoria do patrimônio**. São Paulo: Unesp, 2001.

DE ALMEIDA, Fernando D. Menezes; MEDAUAR, Odete (coord.). **Estatuto da Cidade: Lei 10257, de 10.07.2001, Comentários**. 2ª. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- G1. **Álcool e folhas de coca ajudaram três incas a ‘aceitar’ sacrifício**. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/07/alcool-e-coca-sao-achados-no-cabelo-de-3-mumias-sacrificadas-pelos-incas.html>>. Acesso em: 31 out. 2016.
- ICOMOS. **Carta de Veneza**. 1964. Disponível em: <[http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta de Veneza 1964.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Veneza%201964.pdf)>. Acesso em: 31 out. 2016.
- NERY, Rosa M. de Andrade; VIANA, Rui G. Camargo (orgs.). **Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal: Da função social para responsabilidade da empresa**. São Paulo: RT, 2000.
- UNIDAS, Organização das Nações. **Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais**. 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.
- UNIDAS, Organização das Nações. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.
- UNIDAS, Organização das Nações. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/PIDESC.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.
- ZANDONADE, Adriana. **Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. (Temas de Direito Administrativo).

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: douglasmateus@uol.com.br; vivianvc_adv@hotmail.com

La tributación parafiscal en Venezuela¹

Parariscal taxation in Venezuela

GILBERTO ATENCIO VALLADARES²

Resumen: En Venezuela, en los últimos años se han ido creando diferentes organismos públicos y una cantidad exagerada de tributos parafiscales con fines primordialmente no fiscales. Existen tributos que ciertamente pueden contribuir con el desarrollo de la sociedad, tales como los tributos parafiscales en materia de ciencia, tecnología e innovación, tributos en materia de prevención de drogas, tributos parafiscales en materia del deporte o bien, los tributos medioambientales. Sin embargo, deben existir límites claros a la tributación parafiscal, debido a que se han convertido en una verdadera Hacienda Paralela y que muchas veces, podrían desvirtuar la finalidad para lo cual se crearon. El tipo de investigación es documental y se mencionan varios supuestos de tributos parafiscales que se encuentran vigentes actualmente en el ordenamiento jurídico venezolano y que gestionados de una forma eficiente pueden ayudar al desarrollo del Estado y la sociedad, siempre y cuando se implementen y recauden con un respeto a los principios constitucionales tributarios, principios tributarios constitucionalizados y el derecho a la propiedad privada.

Palabras claves: *tributos parafiscales, ordenamiento jurídico venezolano, tributos con fines primordialmente no fiscales, tributación y desarrollo.*

Resumo: Na Venezuela, nos últimos anos se criaram diferentes organismos públicos e uma quantidade exagerada de taxas parafiscais principalmente com fins

¹ Entregue: 5.1.2017; aprovado: 13.3.2017.

² Doctor en Derecho, Mención Europea, Universidad de Salamanca. Profesor Invitado, Universidad de Santiago de Compostela. Profesor en el Postgrado en Gerencia Tributaria, Universidad Rafael Urdaneta. Profesor Asociado, IGEZ. Jurado Invitado, Tribunales Orales, IE *Law School*. Investigador visitante, *Scuola Europea Di Alti Studi Tributari*, Università di Bologna. Investigador visitante, Universidad de Santiago de Compostela. Email: info@gilbertoatencio.com

não fiscais. Há impostos que podem certamente contribuir para o desenvolvimento da sociedade, tais como impostos parafiscais sobre ciência, tecnologia e inovação, os impostos sobre a prevenção da toxicodependência, impostos parafiscais referente aos esportes ou, impostos ambientais. No entanto, deve haver limites claros para a tributação parafiscal, porque se tornaram um verdadeiro Ministério das Finanças paralelo e, muitas vezes, poderia desviar a finalidade para a qual foram criados. A pesquisa é do tipo documental e nela são mencionados vários supostos de taxas parafiscais que atualmente estão em vigor no ordenamento jurídico venezuelano e que gestionadas de forma eficiente podem ajudar no desenvolvimento do Estado e da sociedade, sempre e quando a implantação e a arrecadação sejam executadas com respeito aos princípios fiscais constitucionais, princípios de tributação constitucionais e o direito à propriedade privada.

Palavras chave: *impostos parafiscais, a lei venezuelana, os impostos principalmente com fins não fiscais, tributação e desenvolvimento.*

Abstract: In Venezuela, in the last few years have been created different public entities and an exaggerated amount of parafiscal taxes for primarily non-fiscal purposes. There are taxes that can certainly contribute to the development of society, such as parafiscal taxes on science, technology and innovation, taxes on drug prevention, parafiscal taxes on sports or environmental ones. However, there must be clear limits to the parafiscal taxation, because they have become a truly alternative Treasury, that many times could detract from the purpose for which they were created. The research done is a documental one and it mentions several parafiscal taxes cases that are currently valid in Venezuelan legal system. If such parafiscal taxes are managed in an efficient way, they can help the development of the State and society as long as they are implemented and collected with respect for constitutional tax principles, constitutionalised tax principles and the right to private property.

Key words: *parafiscal taxes, Venezuelan legal system, taxes with primarily non-fiscal purposes, taxation and development.*

I. Introducción

Los tributos parafiscales cada vez son más comunes en la configuración del sistema tributario venezolano. De esta manera, en los últimos años, producto del intervencionismo del Estado, en casi todos los sectores, se han ido creando una serie de órganos que necesitan ser

financiados de alguna manera. Allí entran precisamente los tributos parafiscales.

En principio, estos tributos han sido calificados como una patología que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico. Ahora bien, en el caso que estos tributos sean creados de forma desordenada, improvisada y desorganizada, efectivamente, resultaría menester una eliminación progresiva de los mismos.

Partimos de la premisa que estos tributos parafiscales deben ser excepcionales. Sin embargo, en el supuesto que puedan ser gestionados de forma eficiente y organizada, podrían contribuir en algunos aspectos con el desarrollo del Estado y de la sociedad. No queremos transmitir que estamos de acuerdo con la implementación de estos tributos, nuestra postura se centra en que al ser gestionados de forma eficiente, organizada y no improvisada, pueden cumplir con finalidades loables para los Estados y contribuir al desarrollo, siempre y cuando, se encuentren en perfecta sintonía con los principios constitucionales tributarios, principios tributarios constitucionalizados y el derecho a la propiedad privada.

Por ello, haremos mención a algunos supuestos reales y fallidos en el ordenamiento jurídico venezolano, en donde se intenta lograr el desarrollo en algunos ámbitos a través de la parafiscalidad. Nuestro interés se centra en comentar la experiencia que hemos tenido en el tema y de qué manera se ha intentado, con aciertos y desaciertos, lograr el desarrollo por esta vía.

Al respecto, nos vamos a referir a los siguientes supuestos: tributos parafiscales en materia de ciencia, tecnología e innovación; tributos de la Ley Orgánica de Drogas; tributos en materia de la Ley del Deporte y tributos en materia medioambiental.

1. Tributos parafiscales

1.1. Características

Los tributos parafiscales, como su mismo nombre lo indica, son tributos paralelos al Fisco Nacional, cuya gestión y recaudación es ajena a los órganos habitualmente recaudatorios de los tributos.

RUAN SANTOS³ ha señalado que la “parafiscalidad aparece como una manifestación inorgánica del Estado intervencionista, que incrementó notoriamente los cometidos del sector público de la economía, hasta el punto que la hacienda fiscal institucional o tradicional se hizo insuficiente para atender todos los requerimientos de recursos de esa intervención estatal en la vida económica de la sociedad”.

El Tribunal Supremo de Justicia venezolano⁴, ha planteado lo siguiente en relación a las características de las contribuciones parafiscales: “a) No se incluye su producto en los presupuestos estatales; b) No son recaudadas por los organismos específicamente fiscales del Estado; c) No ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos”.

Sabemos que los tributos parafiscales son considerados en muchas ocasiones verdaderas patologías⁵ de los sistemas tributarios. Por ello, se menciona que la “parafiscalidad surge por nacer y crecer al lado de los tributos como planta frondosa pero ilegal”⁶. En la doctrina venezolana, en virtud de la cantidad exagerada de tributos parafiscales existentes en la actualidad, la doctrina ha llegado a calificar que estamos en presencia de un verdadero “tsunami parafiscal”⁷.

Por tanto, es importante tener presente que a pesar de su carácter excepcional, los tributos parafiscales cada vez tienen mayor importancia y es una forma habitual de obtención de ingresos públicos en el ordenamiento jurídico venezolano.

³ Vid. RUAN SANTOS, Gabriel, *El impacto institucional de las exacciones parafiscales*, Ediciones Liber, Caracas, 2008, pp. 19.

⁴ Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de julio de 2006. Expediente N°01928.

⁵ Vid. HOYOS JIMÉNEZ, Catalina, *Tributos vinculados y parafiscalidad*, en *El Tributo y su aplicación. Perspectivas para el Siglo XXI*, t.I., (obra colectiva coordinada por César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, pp. 812.

⁶ Vid. ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, César, *Sistema tributario español y comparado*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1986, pp. 574.

⁷ Vid. ABACHE CARVAJAL, Serviliano y BURGOS, Ramón, *Parafiscalidad, sistema tributario y libertad*, en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela* (obra colectiva coordinada por Luis A. Herrera Orellana), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 256.

1.2. Los tributos parafiscales, su relación con los tributos primordialmente no fiscales y el desarrollo

Los tributos de tipo parafiscal generalmente presentan una relación muy estrecha con los tributos extrafiscales o mejor dicho, los tributos primordialmente no fiscales⁸.

Es decir, sabemos que todo tributo presenta una finalidad de tipo recaudatoria, pero también una finalidad de tipo no fiscal. Dependiendo de la finalidad principal que posean, estaremos en presencia de tributos primordialmente fiscales o tributos primordialmente no fiscales.

A los fines que nos interesan en estas breves notas, nos quedamos con la idea de los tributos primordialmente no fiscales y la relación que podrían presentar con el desarrollo del Estado y de la sociedad.

Así, con el establecimiento de este tipo de tributos, el Estado puede buscar una finalidad de desarrollo o bien, el cumplimiento de algún mandato constitucional. Sobre esta idea nos vamos a referir en las siguientes líneas.

2. Algunos supuestos en el ordenamiento jurídico venezolano que intentan lograr el desarrollo del Estado y la sociedad

Tal como hemos comentado anteriormente, por la vía de los tributos parafiscales con finalidades primordialmente no fiscales, se ha intentado lograr el desarrollo del Estado venezolano y de la sociedad.

Nos referimos – a título de ejemplo – a algunos de estos supuestos. En primer lugar, el tributo parafiscal en materia de ciencia, tecnología e innovación. Este ha sido uno de los ejemplos paradigmáticos en donde se intenta el desarrollo científico y tecnológico. La experiencia merece ser comentada con mayor detenimiento.

En el artículo 110 de la Constitución venezolana se establece lo siguiente:

⁸ Vid. LAGO MONTERO, José María, *El poder tributario de las Comunidades Autónomas*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 119.

“El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. Para el fomento y desarrollo de esas actividades, el Estado destinará recursos suficientes y creará el sistema nacional de ciencia y tecnología de acuerdo con la ley. El sector privado deberá aportar recursos para los mismos. El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía”.

Con lo cual, se regula en la disposición anteriormente transcrita, la obligación del sector privado de contribuir con la consolidación del sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación. Así, tenemos la experiencia de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación del año 2005⁹, en donde se consagraba una obligación de carácter alternativo y los sujetos pasivos –grandes empresas– podían liberarse de la obligación, realizando aportes –de tipo dinerario– o bien inversiones¹⁰.

Con la cantidad de opciones que tenían las empresas, bajo el imperio de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, podemos decir que existía una clara finalidad primordialmente no fiscal en este tipo de tributos y, en donde, se buscaba precisamente cumplir con el mandato constitucional de fomentar la ciencia, tecnología e innovación y el desarrollo del Estado y la sociedad.

Sin embargo, debemos decir que en el año 2010¹¹, esta ley sufrió una modificación y ahora la principal posibilidad que existe para los sujetos pasivos de la misma, se centra en realizar aportes dinerarios al Estado, a través del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación

⁹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.242, de fecha 03 de agosto de 2005.

¹⁰ De conformidad con el artículo 42 de la referida Ley.

¹¹ Actualmente, se encuentra vigente el Decreto N° 1.411, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.151, de fecha 18 de noviembre de 2014.

(FONACIT), desvirtuando –a nuestro modo de ver– la finalidad de tipo no fiscal de este tributo.

En segundo lugar, debemos mencionar los tributos parafiscales de la Ley Orgánica de Drogas¹², en donde se busca una finalidad primordialmente no fiscal de prevenir el consumo y tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. De esta manera, en la Ley Orgánica de Drogas vigente, se establecen dos tributos parafiscales. Por un lado, un tributo que obliga a las empresas que ocupen más de cincuenta (50) trabajadores a pagar esta contribución, representada por el uno por cien (1%) de la ganancia neta contable al Fondo Nacional Antidrogas (FONA). Esta contribución se destinará a la creación de programas de prevención en materia de consumo y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Por otro lado, las empresas que se dediquen la industria y comercialización de bebidas alcohólicas y tabacos, se encuentran obligadas a pagar esta contribución parafiscal, representada por el dos por cien (2%) de la ganancia neta contable destinada a la creación, mantenimiento de centros de prevención del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Este tributo parafiscal, también se encuentra directamente relacionado con la obligación que se impone a nivel constitucional en materia de prevención del consumo y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en donde se denota claramente la finalidad primordialmente no fiscal de esta contribución y la búsqueda del desarrollo del Estado y la sociedad en este aspecto.

En tercer lugar, señalamos a título de ejemplo, el tributo parafiscal de la Ley Orgánica del Deporte¹³. Se trata de una obligación tributaria que deben pagar las empresas que obtengan durante un ejercicio fiscal más de 20.000 Unidades Tributarias de ganancia neta contable. Esta contribución se debe pagar al Fondo Nacional del Deporte y se puede destinar el cincuenta por cien (50%) de la misma al financiamiento de

¹² Ley Orgánica de Drogas, publicada en la Gaceta Oficial núm. 37.510, de fecha 05 de septiembre de 2010.

¹³ Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, publicada en la Gaceta Oficial núm. 39.741, de fecha 23 de agosto de 2011.

planes y programas en materia deportiva. Se encuentra en concordancia esta contribución con el mandato establecido en el artículo 111 de la Constitución venezolana¹⁴.

También debemos mencionar la contribución parafiscal que se encuentra regulada en la Ley de Bosques¹⁵. Así, se estipula en el artículo 91 de esta ley lo siguiente:

“El uso del patrimonio forestal referido al aprovechamiento y manejo de bosques naturales, conlleva el pago anual de una contribución especial para la sustentabilidad del patrimonio forestal, la cual será liquidada a favor de los servicios ambientales del Ministerio del Poder Popular con competencia en la materia, de veinticinco centésimas de Unidad Tributaria (0,25 U.T.) por hectárea efectivamente intervenida. La forma de liquidación de esta contribución será determinada mediante Resolución del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de ambiente”.

¹⁴ Se establece en este artículo lo siguiente: “Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción. La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia. Su enseñanza es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada hasta el ciclo diversificado, con las excepciones que establezca la ley. El Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y privado, de conformidad con la ley.

La Ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país”.

¹⁵ Ley de Bosques, publicada en Gaceta Oficial núm. 40.222, de fecha 06 de agosto de 2013. Para ver nuestros comentarios sobre esta contribución parafiscal, Vid. ATENCIO VALLADARES, Gilberto, *Contribución parafiscal de la Ley de Bosques, en Cuestiones Jurídicas* núm. 2, julio-diciembre 2013, Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela, pp. 79 y ss.

Con lo cual, podemos observar que por la vía de la tributación parafiscal, se intenta proteger el medio ambiente y lograr el desarrollo en esta área.

Por último, debemos decir que la tributación parafiscal debe ser excepcional, pero al crearse los tributos, pueden constituir un acicate para el desarrollo de los países. Esta situación se puede generar sólo en el caso que puedan gestionarse de forma organizada, ordenada y no improvisada. Recordemos que lo que se propugna en todo momento es la consolidación de un sistema tributario justo y no podemos estar en presencia de un sistema, cuando se tratan de tributos entrelazadas, entremezclados y que no se encuentren debidamente organizados para cumplir las finalidades de protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida digno en la población.

Por tanto, una premisa básica y fundamental es que la tributación parafiscal en un país determinado debe encontrarse en perfecto equilibrio con el derecho a la propiedad privada de los contribuyentes, al igual que con los principios constitucionales tributarios y principios tributarios constitucionalizados. Por la vía de la tributación parafiscal, no se puede generar una erosión progresiva del derecho a la propiedad privada. Sólo de esa manera, se logrará la finalidad del desarrollo que tanto se anhela.

GONZÁLEZ GARCÍA¹⁶ ha señalado que “la extraordinaria expansión que en la actualidad está teniendo el fenómeno de la extrafiscalidad (una vez que ésta ha encontrado legitimidad constitucional), está conduciendo a que hoy el tributo sea un instrumento que puede utilizarse casi sin límite para cualquier cosa, lo que conduce a su desnaturalización”. Debemos tener cuidado con la creación de forma exagerada de los tributos parafiscales con finalidades primordialmente no fiscales y reconducirlos en todo momento a los cauces de los principios generales del Derecho Tributario.

¹⁶ Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio y GONZÁLEZ, Teresa, *Derecho Tributario I*, Plaza Universitaria, Salamanca, 2004, pp. 71.

II. Conclusiones

- (i) La tributación parafiscal en el ordenamiento jurídico venezolano es una forma común de obtención de ingresos públicos por parte del Estado.
- (ii) Los tributos parafiscales deben ser excepcionales. Ahora, cuando se crean de forma ordenada, organizada, no improvisada y en armonía con el sistema tributario, se podrían utilizar para intentar lograr el desarrollo del Estado y de la sociedad.
- (iii) Actualmente, existe una cantidad exagerada de tributos parafiscales en el país y con finalidades primordialmente no fiscales. Se ha buscado a través de la vía parafiscal, cumplir con el mandato constitucional de consolidar un sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación y el desarrollo del Estado y la sociedad.
- (iv) En el ámbito de la prevención del tráfico y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas se han creado contribuciones parafiscales para intentar lograr el desarrollo del Estado y la sociedad.
- (v) A nivel deportivo, se ha creado una contribución parafiscal para que el sector privado contribuya con el desarrollo de esta área.
- (vi) En la realidad, cuando los tributos parafiscales, con finalidades primordialmente no fiscales, se crean de manera desordenada y con fines reales recaudatorios, se ha generado una erosión progresiva al derecho a la propiedad privada, con una vulneración a los principios constitucionales tributarios y principios tributarios constitucionalizados.

BIBLIOGRAFÍA

ABACHE CARVAJAL, Serviliano y BURGOS, Ramón, *Parafiscalidad, sistema tributario y libertad*, en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*

(obra colectiva coordinada por Luis A. Herrera Orellana), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013.

ATENCIO VALLADARES, Gilberto, *Contribución para fiscal de la Ley de Bosques*, en *Cuestiones Jurídicas* núm. 2, julio-diciembre 2013, Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela.

ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, César, *Sistema tributario español y comparado*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1986.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: info@gilbertoatencio.com

Uma análise dos programas de redução de danos das comunidades autônomas espanholas¹

An analysis of harm reduction programs of spanish autonomous communities

GUILHERME AUGUSTO SOUZA GODOY²

Sumário: Introdução; Regulação das drogas; Redução de Danos; Experiências Iberoamericanas; Clubes sociais canábicos espanhóis; Considerações finais.

Resumo: Uma das formas de regulação das drogas (Caballero e Bisiou, 2000. *Droit de la drogue*) é a redução de danos (ou de riscos), que entende-se como: formas de oferecer aos usuários de drogas mais qualidade nas drogas que consomem e/ou nos locais ou meios de consumo. No Brasil e em Portugal discute-se a concretização de novos programas de redução de danos e podemos observar as experiências da Espanha, nomeadamente quanto ao consumo de cannabis, voltando os olhos aos clubes canábicos. Na Espanha há uma legislação geral / Nacional que é mais rígida quanto ao consumo de drogas, prevendo multas como punição. A primeira versão desta legislação entrou em vigor em 1992, em 2015 ela foi reformulada. No entanto, algumas das comunidades autônomas regem este âmbito com leis próprias, mais amenas. Este conflito das leis das comunidades autônomas com a lei Nacional será o principal foco deste trabalho, analisando as consequências e aplicações. Em Portugal está previsto na lei, desde 2001, a existência de salas de consumo assistido, mas este dispositivo ainda não foi regulamentado. No Brasil o artigo referente ao consumo, da lei de drogas, vigente desde 2006, está em análise

¹ Entregue: 5.1.2017; aprovado: 13.3.2017.

² Doutorando e Mestrando em Criminologia na Universidade do Porto, Especialista em Criminologia pela mesma Universidade, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UFMT, pesquisador no Grupo de Pesquisas/CNPQ “História Social do Crime” na UFAL, Especialista em Direito Público pelo ICE/MT. <http://bit.ly/guilhermegodoy> g.a.s.godoy@gmail.com; Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Rua dos Bragas, 223, 4050-123, Porto, Portugal.

na Suprema Corte, quanto à constitucionalidade, há discussões e projetos de lei que abrangem programas de redução de danos.

Palavras chave: *Regulação das drogas, redução de danos, clubes canábicos.*

Abstract: One way of drugs regulation (Caballero and Bisiou, 2000. Droit de la drogue) is the harm reduction, which is understood as ways to provide users with more quality drugs in drug-consuming and / or local or consumption environment. In Brazil and Portugal discusses the realization of new harm reduction programs and we can see the experience of Spain, such as cannabis use, focusing to cannabis clubs. In Spain there is a general / national legislation that is more rigid as the consumption of drugs, foreseeing fines as punishment. The first version of this legislation came into force in 1992, in 2015 it was reformulated. However, some of the Autonomous Communities governing this framework with its own laws, milder. This conflict of laws of the autonomous communities with the national law will be the main focus of this work, analyzing the consequences and applications. In Portugal is provided by law since 2001, the existence of assisted consumption rooms, but this device has not yet been regulated. In Brazil, the article concerning the consumption of the drug law, in force since 2006, is under consideration by the Supreme Court, the constitutionality, there are discussions and bills that include harm reduction programs.

Key words: *Drugs Regulation, harm reduction, cannabis clubs.*

Introdução

Esse estudo surge da análise no âmbito de dissertação do mestrado do autor, onde é feita uma comparação de experiências iberoamericanas no contexto de regulação das drogas. O foco foi voltado para a Espanha tendo em vista seu interessante conflito entre a legislação estadual (equivalente a legislação federal do Brasil) e as legislações de algumas comunidades autônomas, nomeadamente sobre a regulação dos clubes sociais de canábis.

Para chegar na complexa realidade legal da Espanha é feita preliminarmente uma conceitualização afunilada a fim de delimitar o tema em comento. Inicia-se pelos principais conceitos sobre regulação das drogas (criminalização x descriminalização, despenalização e legalização), em

sequência, no âmbito sanitário, definem-se os programas de redução de danos e logo após caracterizam-se os clubes canábicos espanhóis e seus pormenores legais de funcionamento.

Este trabalho é uma análise teórica preliminar de um estudo que utilizará o método da criminologia comparada (Nelken, 1994; Aebi, 2015) a tentar fazer, através de uma análise histórico-filosófica das leis e suas aplicações (Agra, 2003), uma generalização, tentando exprimir eventuais lições entre as experiências analisadas. (Mason, 2001)

Regulação das drogas

Dentre os principais modelos de regulação de drogas, alternativos à criminalização, podemos destacar a descriminalização, a despenalização e a legalização. A **descriminalização** é uma espécie de despenalização, diferenciando-se pelo fato da sanção aplicada à determinada ação perder o caráter criminal, sendo substituída por uma sanção não penal, geralmente civil ou administrativa, ou seja, quem foi apreendido não terá registro criminal. A **despenalização** é parecida, pode ocorrer em dois níveis: deixando de haver uma pena e passando a haver apenas sanções alternativas ou reduzindo o *quantum* de aplicação de pena a determinada ação, no entanto, a simples despenalização mantém o caráter criminal. A **legalização** é quando o tipo penal é retirado do código penal ou lei penal especial, mas continua havendo um controle sobre a ação (diferente de liberalização), uma regulamentação, em regra administrativamente, passando a ação a ser controlada por órgão regulamentador (Pacula apud Pertwee, 2014; Quintas, 2015; MacCoun, 1993).

Esses três tipos podem abranger diferentes esferas e finalidades, podendo ser referentes ao comércio, consumo e produção, de todas as drogas ou drogas específicas, para fins recreativos ou medicinais.

Redução de Danos

Conta Agra (2003) que nos anos 80 surge na Europa a política de «redução de riscos (ou de danos)», coincidindo-se, e talvez, por causa da epidemia de AIDS (SIDA). Com o progressivo sentimento de perigo

e insegurança associado à droga, este fenômeno passa a ser tido como dois tipos de ameaça: da contaminação (vírus HIV/VIH) e criminal. Com tais ameaças, surgem várias medidas em diversos países (inclusive Portugal e Espanha): distribuição de seringas, criação de espaços para injetar-se, programas de substituição (metadona) e distribuição controlada de heroína.

Como veremos no próximo tópico, essas medidas vem se destacando de diferentes formas, em diferentes contextos.

Experiências Iberoamericanas

A lei que descriminalizou a posse para consumo de todas as drogas em **Portugal** (Decreto-Lei 30/2000), sob uma quantidade delimitada, preocupou-se com a redução de danos, quando em seu artigo terceiro prevê o tratamento espontâneo, com criação de salas de consumo assistido por médicos, técnicos e restante pessoal de saúde. Esse dispositivo ainda carece de regulamentação, assunto que está em pauta após 15 anos da vigência da lei.

No **Brasil** a lei de drogas (11.343/2006) despenalizou a posse para consumo de todas as drogas (deixando de haver penas privativas de liberdade). Programas como o exercido pelo Estado de São Paulo sobre a «cracolândia», vem aplicando o tratamento compulsório a dependentes químicos, com base na lei 10.216/2001.

Na **Espanha**, onde o consumo e a posse para consumo são punidos apenas administrativamente com multa (Lei Orgânica 4/2015, que asseverou as multas já previstas na Lei de 1992, não havendo sanção para consumo e posse para consumo antes disso), estão previstas no Real Decreto 1911/1999, medidas de redução da demanda (prevenção do consumo, redução de danos, assistência e integração social) e da oferta.

Clubes sociais canábicos espanhóis

Na sequência de uma política de redução de danos espanhola, surge uma iniciativa dos consumidores de Cannabis, a criação de Clubes Sociais de Cannabis. Há clubes nas comunidades autônomas de Navarra,

Catalunia, País Vasco e Andaluzia, que funcionam por força jurisprudencial e leis de competência das respectivas Comunidades Autônomas ou Municípios, como no caso de San Sebastián, no País Vasco.

O Ministério Público Federal (Fiscalía General del Estado) já editou instruções sobre o funcionamento dos clubes e foram criadas algumas Federações de Associações Canábicas nas mencionadas comunidades autônomas, além da Guia de boas práticas elaborada pelo Instituto Vasco de Criminologia e o Código de Conduta criado pela Coligação Europeia para Políticas de Drogas Justas e Eficazes – ENCOD (Sánchez, 2015).

Há um conflito entre a permissão de funcionamento destes clubes com a sanção administrativa para o consumo prevista na Lei 4/2015 e a sanção penal para o cultivo prevista no Código Penal (artigo 368), no entanto, tem tido entendimentos jurisprudenciais favoráveis baseados na Lei de livre associação e na exclusão de dolo penal baseada no erro de proibição invencível.

Considerações finais

Esse *paper* vem dar início a uma comparação de experiências iberoamericanas sobre drogas, com foco na relação das drogas com o sistema sanitário, nomeadamente sobre as medidas de redução de danos.

Nesta comparação, mesmo com pouco aprofundamento, nota-se diferenças entre medidas positivas e negativas.

Entre Brasil e Portugal nota-se que além de Portugal ter retirado o *status* criminal do consumo de drogas (até determinadas quantidades), trás disposto na lei a intenção de tratamento espontâneo.

Na Espanha há outro entendimento, aplicando ao consumo apenas multa, suscetíveis de recurso na prática. Existindo inclusive os clubes canábicos, apesar de não ser unânime o favorecimento para o funcionamento destas associações naquele país.

É evidente que a Criminologia Comparada é complexa, não permitindo concluir que leis podem ter o mesmo efeito prático em uma ou outra nação, os fatores de enviesamento são inúmeros (culturais, econômicos, políticos, sociais). A partir desse trabalho será cautelosamente desenvolvida e amplificada essa análise intensa, para tentar,

como mencionado na introdução, evidenciar eventual lição no âmbito generalizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AEBI, Marcelo (2015). The epistemological obstacles in comparative criminology: A special issue introduction. *European Journal of Criminology* 2015, Vol. 12(4) 381–385.
- AGRA, Recasens et al. (2003). La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Atelier.
- CABALLERO, Francis e BISIOU, Yann (2000). *Droit de la drogue*. 2ème éd. Paris: Dalloz. XVI. 827 p.
- MACCOUN, Robert J. (1993). Drugs and the Law: A Psychological Analysis of Drug Prohibition. *Psychological Bulletin*, 113, 3, 497-512.
- MASON, J. (2001). *Qualitative Researching*. Thousands Oaks, London, New Delhi: Sage Publications.
- NELKEN, David. Whom can you trust? The future of comparative criminology. The futures of criminology. Sage Publications. London, Thousand Oaks, New Delhi: 1994.
- PERTWEE, Roger G. (2014). *Handbook of Cannabis*. New York: Oxford University Press.
- QUINTAS E ANTUNES (2015). Das leis das drogas, seus públicos e seus limites. Ensinaamentos de experiências contemporâneas de descriminalização. Do Crime e do castigo – Temas e debates contemporâneos. Lisboa: Mundos sociais.
- SÁNCHEZ, Juan Muñoz (2015). La relevancia penal de los Clubes Sociales de Cannabis –Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2015, núm. 17-22, pp. 1-50 – ISSN 1695-0194.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: g.a.s.godoy@gmail.com

A emergência histórica, a definição conceptual e o enquadramento epistemológico da Responsabilidade Social nas Empresas¹

The historical emergency, the conceptual definition and the epistemological framework of Corporate Social Responsibility

IRENE PORTELA²

Resumo: É objetivo deste artigo debruçarmo-nos sobre a tradução e a declinação do conceito e da prática da Responsabilidade Social das Empresas (RSE). Devemos explicar os fundamentos d’“A Responsabilidade Social das Empresas”: os fundamentos histórico-teóricos e epistemológicos da RSE, bem como as oportunidades e contradições que encerram as suas definições.

Na verdade, a prática efetiva da RSE revela-se uma mais-valia para as empresas em termos de imagem perante os consumidores e a sociedade. Uma empresa considerada socialmente responsável tem a possibilidade de conseguir no mercado em que se insere vantagem competitiva. Segundo o Livro Verde podemos considerar a RSE a nível interno e externo. A nível interno consideramos as práticas socialmente responsáveis (económicas, sociais e ambientais) da empresa perante os seus colaboradores, sendo estas conhecidas habitualmente através do balanço social; a nível externo consideramos essas mesmas práticas, mas relacionadas com todos os demais stakeholders e a sociedade. Acontece que a Responsabilidade Social não é uma categoria das Empresas mas das organizações, adaptada às empresas. Por outro lado, o conceito da “responsabilidade” tem natureza ética mas também jurídica, o que levanta várias questões muito complexas nomeadamente de natureza indemnizatória. Finalmente, como é que as empresas encararam esta responsabilidade de cariz “social”?

Palavras chaves: *Responsabilidade Social; criação de Valor; Insolvência; Investimento Social Interno; Investimento Social Externo.*

¹ Entregue: 5.1.2017; aprovado: 13.3.2017.

² iportela@ipca.pt; Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos Portugal.
Iportela@ipca.pt

Abstract: The purpose of this article is to look at the translation and declination of the concept and practice of Corporate Social Responsibility (CSR). We must explain the fundamentals of “Corporate Social Responsibility”: the historical-theoretical and epistemological foundations of CSR, as well as the opportunities and contradictions that confine their definitions.

In fact, the effective practice of CSR is an added value to companies in terms of image vis-à-vis consumers and society. A company considered to be socially responsible has the possibility of achieving in the market in which it operates a competitive advantage. According to the Green Paper, we can consider CSR both internally and externally. Internally we consider the socially responsible (economic, social and environmental) practices of the company towards its employees, which are usually known through the social report; At external level we consider these same practices, but related to all other stakeholders and society. It turns out that Social Responsibility is not a category of Companies but of the organizations, adapted to the companies. On the other hand, the concept of “responsibility” has an ethical but also a legal nature, which raises a number of very complex issues.

Key words: *Social Responsibility; value creation; Insolvency; Internal Social Investment; External Social Investment.*

Introdução

A RSE é um imperativo ético de gestão – constituindo a principal dimensão do conceito de “responsabilidade social”, e a realização deste imperativo diz respeito a todos, é transversal às empresas em geral (públicas e privadas) e a toda a sociedade.

Lance Moir (2006) assinala que a Responsabilidade Social das Organizações (RSO) em geral e das Empresas em particular é importante porque evidencia os valores fundamentais da sociedade em que desejamos viver, constituindo um desafio para os serviços públicos no cumprimento da sua missão. Mas em que consiste exatamente a Responsabilidade Social das Empresas (RSE)? Como surge e como se realiza? É o que propomos ao longo das duas partes deste trabalho.

1. Definição do conceito de Responsabilidade Social das Empresas³

“A Responsabilidade Social é uma forma de conduzir os negócios da empresa, de tal forma, que a torna parceira e corresponsável pelo desenvolvimento social. A empresa socialmente responsável é aquela que possui a capacidade de ouvir os interesses das diferentes partes (acionistas, funcionários, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores, comunidade, governo e ambiente) e conseguir incorporá-los no planeamento das suas atividades, procurando responder às necessidades de todos e não apenas dos acionistas e proprietários.” (www.ethos.org.pt, 2003)

A abertura de fronteiras comerciais, o mercado global e o recente desenvolvimento das tecnologias de informação têm dado visibilidade à RSE. Não obstante, o seu conceito ainda é por vezes confundido com outros conceitos como filantropia ou mecenato (Correia, 2013)⁴

Uma reflexão sobre a evolução conceptual da RSE é uma tarefa exigente, que assenta basicamente numa visão clássica e numa visão contemporânea do fenómeno. A primeira pretende essencialmente a realização de lucros para os acionistas das empresas e de que o economista Milton Friedman é um dos principais defensores; a segunda centra-se num entendimento mais social e mais democrático, de que a RSE deve contemplar três grandes níveis: económico, social e ambiental, visão protagonizada pela Comissão Europeia (Teixeira, 2005).

1.1. *A emergência e as etapas da Responsabilidade Social das Empresas*

A gestão tem evoluído ao longo dos tempos, a nível social, cultural, económico, ambiental e tecnológico e a RSE constitui-se parte integrante

³ Empresa – Podemos definir empresa como o conjunto de meios técnicos, humanos e financeiros organizados com vista à concretização de um determinado fim económico, o qual passa pelo exercício de uma atividade orientada para a satisfação das necessidades dos seus vários stakeholders (clientes, trabalhadores, acionistas, fornecedores, credores, Estado). As empresas perseguem o lucro e estão geralmente sujeitas às leis do mercado. (www.ethos.org.pt, 2003)

⁴ Ana Sofia Ribeiro Correia (2013). A Responsabilidade Social e as PME: As Práticas de RSE das Microempresas. Lisboa: ISCAL (<http://docplayer.com.br> – 3.02.216)

dessa gestão que se exige equilibrada, responsável e sustentável. Essa evolução verifica-se a nível interno, donde sobressai o clima e cultura organizacional e a nível externo contemplando toda a envolvimento de sustentabilidade ambiental, social, política e económica (Drucker, 2008). As teorias são variadas e diversas conforme podemos de seguida ler e analisar e os resultados são positivos. A influência de um Estado regulador tem um efeito muito positivo, sobretudo a favor dos mais fragilizados da sociedade.⁵

1.1.1. Emergência da RSE: Teorias e abordagem

Ao procurarmos situar na história o conceito de RSE, encontramos nos séculos XVIII e XIX, no Estado e no empresariado, ações de caráter caritativo. As empresas governavam a miséria com ações caritativas pontuais.⁶

Hermes Augusto Costa in Costa et al. (2011), refere que nas primeiras sociedades industriais do século XVIII, algumas empresas privadas, ainda antes do Estado-Providência interiorizaram responsabilidades para com os seus empregados, movidas por motivos diversos (religiosos, insegurança ou outros). No decorrer do século XX começou por definir-se o conceito de RSE, que nas últimas décadas ganhou mais visibilidade. A RSE foi deixando de ser um mero ato filantrópico e de caráter pessoal para passar a ser, também, o reflexo de uma nova cultura empresarial, com reflexos visíveis a vários níveis (resultados, reputação, imagem).

A filantropia empresarial resulta da atitude de os empresários retribuírem à sociedade alguns dos lucros das suas empresas (Fontes, 2011). Temos como exemplo os donativos às organizações sem fins lucrativos (museus, instituições de solidariedade social, associações de beneficência) e auxílios a pobres, desvalidos e outros. Filantropia e RSE

⁵ Entende-se um Estado regulador, aquele que atua basicamente interferindo na iniciativa privada, elaborando normas, reprimindo o abuso do poder económico, regulando preços, tendo em conta as pessoas mais vulneráveis da sociedade.

⁶ <http://www.aps.pt> (3.02.2016).

não são a mesma coisa. A filantropia tem apenas razões humanitárias sem compromisso e RSE é mais abrangente, é um modelo de gestão organizacional.

As ideias de RSE difundiram-se a partir de fins dos anos 1950 e princípios dos anos 1960, através das notícias vindas dos Estados Unidos da América (EUA) publicadas em jornais e revistas.⁷ Na década seguinte esta doutrina espalha-se pela Europa, quer nos meios empresariais quer nos meios académicos; conforme artigo publicado na CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários) a França passa a obrigar as empresas a publicarem o balanço social com dados sobre desempenho de mão-de-obra e das condições de trabalho.⁸

Apresentamos de seguida as abordagens e significados sobre a RSE, de alguns autores.

1.1.1.1. Visão clássica e visão contemporânea da Responsabilidade Social das Empresas

Qual é então a missão de uma empresa: apenas enriquecer os seus acionistas ou ter um papel mais interativo e solidário no meio onde está inserida? O entendimento de distintos autores oscila entre dois extremos: a obtenção máxima de lucro para os titulares da Empresa e o alargamento a todos os interessados – stakeholders. Eticamente, a segunda visão é nitidamente a mais aceite. Teixeira (2005) denomina de visão clássica a que defende o máximo de lucro para esses titulares e de visão contemporânea quando a RSE abrange todos os stakeholders.

Apresentamos de seguida as abordagens e significados sobre a RSE, de alguns autores.

⁷ http://www.cebglobal.org/wp-content/uploads/2015/02/CSR-The_Shape_of_a_History.pdf . Acesso realizado a 5 de janeiro de 2016

⁸ Manuel Alves Monteiro – A Responsabilidade Social das Empresas (RSE)
- Artigo publicado originalmente nos Cadernos da CMVM (<http://www.cgov.pt> – 21.12.2015)

Visão clássica da Responsabilidade Social das Empresas

De acordo com os defensores da chamada visão clássica da RS, as empresas não têm de assumir qualquer RS, mas apenas maximizar os lucros para os seus titulares. Assim, alega-se que os gestores são uma espécie de empregados dos acionistas para quem trabalham e, por conseguinte, apenas perante eles têm que responder (Teixeira, 2005).

- Theodore Levitt grande questionador da responsabilidade social das empresas, vê, na adoção dessa política, consequências irreversíveis à filosofia económica da empresa. Defendendo que a função empresarial é a maximização dos lucros, Levitt acredita que este objetivo fica comprometido à medida que sua grandeza é dividida com outros de cunho social. Mais, Levitt defende que o poder social em uma instituição económica terá a capacidade de futuramente destruir a sociedade pluralista e até mesmo causar o fim do capitalismo (Vieira, 2007).⁹
- Milton Friedman, um dos mais conhecidos e radicais defensores deste ponto de vista é um economista americano, detentor de um prémio Nobel, que afirma: «existe uma e apenas uma responsabilidade social das empresas – usar os seus recursos e aplica-los em atividades projetadas para aumentar os seus lucros desde que elas se confinem às regras do jogo, que são envolver-se em competição livre e aberta, sem logro ou fraude». Friedman considera ainda que a aceitação da RS pelos gestores das empresas pode minar os fundamentos da sociedade livre, e apelida estas ideias de «doutrina fundamentalmente subversiva». Defende a transparência no negócio e a legalidade (Donaldson, 2005).¹⁰

Os seguidores de Friedman afirmam que ele simplesmente queria dizer que, a longo prazo, o interesse público é servido pelos

⁹ Roberto Fonseca Vieira. RP em Revista – ANO 5 – N.22 – SALVADOR/BA – MAI, 2007 (<http://www.rp-bahia.com.br> – 4.02.2016).

¹⁰ Num artigo publicado no New York Magazine em 1970, frisa o que acabamos de referir (<http://empresasmercados.blogspot.pt> – 16.11.2015).

indivíduos e organizações lucrativas enquanto prosseguindo os seus próprios objetivos e interesses, financiando o bem-estar dos cidadãos através da participação numa economia relativamente livre (Teixeira, 2005).

Visão Contemporânea da Responsabilidade Social das Empresas

Para muitos gestores os acionistas são apenas uma das partes interessadas entre os vários stakeholders das Empresas (Teixeira, 2005). Trata-se de uma visão alternativa à visão clássica (fundamentalista), implicando que a empresa tenha responsabilidades perante cada um dos seus diferentes parceiros.

- Adam Smith, defende que a procura do lucro em proveito próprio não é a filosofia certa de vida; a benevolência e a transparência têm que estar presentes no negócio. Salaria que a eficiência do mercado reside em parte na transparência. No entanto também refere que «não é da benevolência do padeiro, do açougueiro ou do cervejeiro que eu espero que saia o meu jantar, mas sim do empenho deles em promover seu “autointeresse”». (Donaldson, 2005)
- Donaldson (2005 – 97-22) refere que ninguém nega a importância da RSE, mas que no entanto é um tema que suscita dúvidas e que as suas definições variam desde as mais abrangentes (focando questões sociais e ambientais) a algumas mais específicas (focadas na integridade e transparência dos negócios). Conclui que o denominador comum deve ser o bem-estar de alguns “não proprietários” e o compromisso com princípios básicos como a integridade, a justiça e o respeito pelas pessoas.
- Peter Druker, grande defensor da RSE, afirma que “mesmo que os Conselhos de Administração fossem constituídos por anjos, em vez de pessoas, teriam que continuar a preocupar-se com os resultados”. Defende ainda (entre inúmeras das suas citações) que os colaboradores têm de ser geridos como parceiros; não questionar os que nós queremos mas sim o que é que a outra

pessoa quer, quais são os seus valores, as suas metas (Drucker, 2008: 96).

- Keith Davis, in (Teixeira, 2005) – De acordo com a visão contemporânea, as empresas, como membros da sociedade, são responsáveis por ajudar a manter e melhorar o bem-estar dessa mesma sociedade. Keith Davis, um dos defensores deste ponto de vista, afirma que, «a longo prazo, quem não usa o poder de uma forma que a sociedade considere responsável está condenado a perdê-lo». E apresenta cinco proposições relativas à RSE:
 - A RSE surge com o poder social, isto, é, uma vez que a empresa tem um determinado poder ou influência sobre a sociedade, a sociedade pode e deve responsabilizar a empresa pelas condições sociais afetadas pelo uso desse poder;
 - As empresas devem atuar como um sistema aberto, recebendo e fornecendo informações da sociedade e para a sociedade;
 - Os custos e os benefícios sociais da atividade de uma empresa, devem ser contabilizados;
 - Os custos sociais relativos às atividades, produtos ou serviços de uma empresa devem ser transferidos para os consumidores;
 - Tal como os cidadãos individuais, as empresas devem interagir em certos problemas sociais que estão fora das suas áreas de negócios.

1.1.1.2. Comparação entre as duas abordagens

“No limite, as duas abordagens são inconciliáveis. Todavia, entre as duas posições extremas há como que um *continuum* de posições que variam fundamentalmente em termos de graduação”. (270-24)

Ainda de acordo com Teixeira (2005), temos em síntese, os argumentos a favor uma visão clássica e de uma visão contemporânea da RSE, conforme quadro ...:

QUADRO – Argumentos a favor da visão clássica e da visão contemporânea da RSE

Visão clássica	Visão contemporânea
– A tarefa principal da empresa é maximizar os proveitos. – A sociedade deve pagar o envolvimento social das empresas, pagando mais caro pelos seus produtos. – O envolvimento social diminui a competitividade porque encarece os produtos. – Um maior envolvimento social das empresas aumentaria o seu poder e não seria bom. – As empresas não têm competências sociais, mas sim económicas e de gestão. – A RS está indefinida e não favorece a sua prática. – Não há justificação para o envolvimento da RS pelas empresas.	– As empresas devem responder perante a sociedade porque é dela que recebem o poder. – Um bom ambiente social beneficia tanto a sociedade como a empresa. – A maior responsabilização social espontânea desencoraja a intervenção dos governos. – Quanto maior o poder das empresas maior é a responsabilidade. – Ambiente interno e externo da empresa é interdependente. – O envolvimento social interessa aos acionistas. – Os problemas podem transformar-se em proveitos. (Reciclagem, por exemplo). – O envolvimento social beneficia a imagem da empresa. – As novas ideias nascem nas empresas e deviam ser partilhadas. – As empresas são quem tem os recursos. – É preferível evitar os problemas de que ter que os resolver

FONTE – Construção própria.

1.1.2. Enquadramento e síntese da RSE segundo alguns autores

O facto de o conceito de RSE se manter difuso e confuso, não facilita a sua consolidação. A cultura organizacional¹¹ tem muito a ver com o seu entendimento e prática de RSE.

¹¹ Conjunto de valores consensualmente partilhados e defendidos pelos membros de uma organização (<https://dspace.uevora.pt>).

A RSE tida por muitos como uma filosofia e uma política de gestão, que a todos beneficia (social, económica e ambientalmente) tem vindo a assumir-se cada vez mais como um dos elementos-chave para a mudança de paradigma de desenvolvimento. A diferença está na sua amplitude e abrangência que se tem evidenciado cada vez mais e melhor.

- Joaquim Contreiras e Fátima Jorge in Costa et al. (2011), referem que o conceito de RSE se encontra na ordem do dia, ou seja, que várias disciplinas têm procurado investigar em diversas áreas os potenciais benefícios que a adoção de uma gestão socialmente responsável pode trazer para o sucesso e sustentabilidade das mais distintas organizações.
- Carla Magalhães (2011) refere que, a definição do conceito de RSE não reúne unanimidade e divide-a em quatro grandes categorias/grupos:¹²
 - Teorias instrumentais, que em síntese têm a ver com a maximização do lucro;
 - Teorias políticas, advogando que é através da RSE que as empresas se relacionam com a sociedade e assumem o seu poder e posições políticas.
 - Teorias integradoras referem que as empresas devem considerar as exigências e necessidades da sociedade pois a sua sobrevivência depende dela.
 - Teorias éticas, em que as ações preconizadas pelas empresas devem ter por base a ética e a moral em vez dos valores económicos.
- Fontes (2011), refere três modelos de RSE criados:
 - Modelo Neoclássico – Este modelo surge ligado ao economista Milton Friedman, que em síntese defende que os negócios se devem limitar a gerar lucro para as empresas e seus acionistas.

¹² Maria J. Santos & Leila A. Sousa, in (Costa et al. 2011), fazem uma síntese dos autores que defendem cada uma destas teorias.

- Desempenho Social da Empresa – De acordo com o mesmo autor, citando Carroll (1991, p. 500), apresenta a RSE, segundo estratos sucessivos dentro de uma pirâmide (Responsabilidade Filantrópica no vértice da pirâmide, seguindo-se a Responsabilidade Ética, Responsabilidade Legal e na base a Responsabilidade Económica), o que implica ir ao encontro de todos os níveis. As empresas funcionam para produzir e vender bens, obtendo um lucro. Na ausência da responsabilidade económica, todas as demais se tornam questionáveis.
 - Teoria dos stakeholders – Existem várias teorias dos stakeholders e é aquela que tem obtido maior número de estudos e críticas.
- Vogel (2005) refere que o conceito de RSE tem evoluído ao longo dos tempos com a incorporação de novas dimensões, que agrupa em cinco áreas:
 - RSE como obrigação social – Com a finalidade de gerar lucro (Friedman, 1962).
 - RSE como reação social – Não se limita só ao cumprimento da lei; reage às exigências sociais (Bowen, 1953).
 - RSE como sensibilidade social – Atenta ao meio social envolvente, atenta às repercussões positivas e negativas (Sethi, 1979).
 - RSE como atuação social – Deve estar integrada em todas as atividades das organizações, todas as atividades que decorrem da sua missão.
 - RSE como ética nas organizações – Concernente ao bem comum. Tendo que contribuir para o desenvolvimento humano (Gospasterre, 1998).

No mundo empresarial, a situação tem evoluído, de um modo geral, no sentido da crescente aceitação da RSE e dos seus gestores. Exemplo disso é a evolução da forma de definir a sua missão, que no início do séc. XX assentava quase exclusivamente no aspeto económico e hoje, de um modo geral, tem em conta a variedade dos grupos de interesse mais ou menos envolvidos, os *stakeholders*, como reflexo do reconhecimento do maior envolvimento social dos negócios.

Uma grande parte dos estudos rejeita uma filosofia de gestão baseada apenas no lucro; esta visão tem evoluído e vamos assistindo a mudanças positivas e significativas. A empresa deixa de ser vista apenas como um sistema técnico-económico, mas também como um sistema social com futuro, ou seja, fazendo parte de uma teia social no seu sentido mais amplo; empresa/organização e sociedade estão mais em sintonia e estas ao enveredarem pelo caminho da RSE lidam com as questões desequilibradoras (violência, miséria, degradação ambiental e outras) socialmente que a todos prejudicam. Assim, as empresas têm sido interpeladas e motivadas, que não é só o lucro que devem ter em conta, mas também o compromisso global assente em padrões internacionais de sustentabilidade social e ambiental. O conceito e prática de RSE têm vindo a desenvolver-se a partir de alguns fatores que se conjugam de forma dinâmica, tais como a globalização, a crise do Estado, a defesa dos direitos humanos e do ambiente, entre muitos outros; torna-se, não de imediato, numa oportunidade de negócio, que apesar das controvérsias à sua volta, tem-se desenvolvido.

Embora a obtenção de lucros seja a prioridade, as empresas podem contribuir para o cumprimento de objetivos sociais e ambientais mediante a integração da RSE na gestão estratégica.

A UE sublinha que os programas de RSE contribuem para o seu desenvolvimento sustentável e têm um impacto positivo na gestão e a competitividade das empresas, considerando nomeadamente:

- A globalização do comércio, que leva as empresas a terem atividades e responsabilidades no estrangeiro;
- A sensibilização dos consumidores para a imagem e a reputação das empresas;
- A tomada em conta das atividades de RSE pelas instituições financeiras;
- A possibilidade de usar as atividades de RSE para formação dos trabalhadores (COM 2002)¹³.

¹³ A presente comunicação inscreve-se no seguimento do Livro Verde sobre a RSE publicado em 2001. (<http://eur-lex.europa.eu> – 2.12.2015).

A RSE é passível de se tornar um investimento e não um encargo. A associação das diversas empresas e organizações, às organizações dedicadas à RSE, vão no sentido das melhores práticas.

A melhor forma de fazer negócio numa economia de mercado moderna tem presente a RSE. A questão que se coloca é a de saber até onde se pode ir no que respeita à RSE, sendo certo de que a tendência é para que cada vez mais as organizações adiram em maior grau.

A título de exemplo, referimos que num inquérito realizado junto de 7 800 jovens de 23 países, nascidos após 1982, 60% refere que o sentido de missão faz parte da razão que os levou a escolher a empresa em que trabalham; entendem que é mais importante o propósito do negócio que o lucro (Carvalho, 2015).

Num outro estudo efetuado, em que foram inquiridas as maiores empresas portuguesas, 84% das empresas questionadas afirmam terem uma estratégia de investimento social/filantrópico; 65% dessas empresas não avalia o impacto do investimento social que efetua (Correia, 2012). Nessa base, partilhamos que prática da RSE é notória, mas que a sua avaliação é necessária e importante com vista a uma melhoria dessas práticas.

Como síntese do que acabamos de referir partilhamos:

- A evolução do conceito, prática e abrangência da RSE apresenta-se-nos lenta mas exponencialmente positiva.
- Admitimos que práticas dos conceitos clássicos de RSE são e vão continuar a ser uma realidade, a par com as práticas (em crescendo) contemporâneas.
- Partilhamos estar a caminhar para uma sociedade mais justa, mais próspera e mais sustentável a nível económico, social e ambiental, interna e externamente.

Os modelos de gestão têm dado cada vez mais atenção aos seus recursos humanos em que o homem na organização é ponto de partida e também ponto de chegada, isto é, passamos de um sistema técnico-produtivo para um sistema social.

A RSE acontece quando empresas e organizações se preocupam com as três questões que resumem toda esta temática: económicas, sociais e ambientais, tanto a nível interno como a nível externo.

2. Portugal e a Responsabilidade Social das Empresas

Admitimos ser uma realidade assinalável a RSE em Portugal, ao nível empresarial e académico, apesar de tal estar a ocorrer um pouco mais tarde que noutros países europeus e até de outras regiões. Esta temática tem estado mais concentrada nas grandes empresas e isso deve-se ao facto de estas estarem de posse de meios técnicos, humanos e financeiros mais consideráveis, o que torna a abordagem à RSE mais fácil.

Boaventura de Sousa Santos¹⁴ refere que Portugal nunca atingiu a plenitude de um Estado Providência, promovendo a universalização dos direitos sociais com qualidade, ao contrário de outros países centrais. E, que esse *deficit* estatal foi compensado pela Sociedade-Providência, comerciantes e empresários, entre outros. Durante o Estado Novo (Salazarista 1928-1974), essa política foi bem evidente, baseada em baixos salários e fortes restrições à liberdade sindical e outras. Com a chamada Revolução do 25 de Abril, ocorreram as nacionalizações em massa dos bancos e de outras empresas, o que mudou muito as políticas económicas e sociais em Portugal.

Encontramos alguma dificuldade para analisar os padrões de comportamento empresarial como atores políticos face ao panorama económico e social em que se encontra o país, devido aos poucos estudos existentes. Em termos de ações concretas no terreno, não é muito considerável a RSE junto dos mais vulneráveis. Costa et al. (2011), referindo o Presidente da Associação Portuguesa de Bancos (APB), este diz que as nossas responsabilidades sociais têm a ver com o quadro insatisfatório que estamos a viver; que temos uma legislação inadequada e que de um modo geral não cumprimos; o termo RSE é entendido de forma vaga e imprecisa, compreendendo no entanto que ao nível interno pode contribuir para o aumento da produtividade e ao nível externo para a boa imagem da empresa. Ou seja, que de um modo geral a RSE é vantajosa para todos. Concluem ainda que a crise que o país atravessa não favorece tais práticas.

¹⁴ <http://www.ces.uc.pt> – 21.01.2016.

Pretende-se que a RSE vá muito para além das doações caritativas do passado, acabando as empresas a acreditar que o investimento social e ambiental é vantajoso, na medida em que gera uma população motivada, o que pode ser saudável para todos. No entanto, uma lógica de boa-fé tem que prevalecer sobretudo da parte dos empresários para que o conceito e a prática da RSE não sejam distorcidos, levando a atropelos aos direitos inalienáveis dos trabalhadores. Ainda de acordo com os autores citados acima, o Estado não tem sido exemplo a seguir no que toca ao incentivo/exemplo de ações de RSE.

Detenhamo-nos com algum pormenor sobre: PME, dados sobre RSE em Portugal, o Direito e a RSE, e, Normas e Certificações, a fim de podermos ter uma visão mais abrangente sobre esta realidade da RSE em Portugal.

2.1. Pequenas e Médias Empresas (PME)

No que respeita às PME portuguesas, esta prática de RSE é menos visível. As características psicológicas do sócio-gerente influenciam o comportamento das PME a que está associado. Geralmente é o proprietário que controla e gere a empresa e as decisões relativas à RSE, bem como o modo de utilizar os recursos da mesma empresa; são deliberações suas. Em síntese, relativamente à prática de RSE por parte das PME o fator económico é fundamental; assim, as atividades que não sejam consideradas relacionadas com a atividade principal (atividade económica), são postas em segundo plano pelos gerentes.

Têm sido lançados alguns projetos (pelo Estado e pela banca) no sentido de promover a adoção e valorização de práticas de RSE nas PME, dado que esta temática tem estado muito concentrada nas grandes empresas.

Em 2010, as PME são responsáveis em Portugal por gerar cerca de 2/3 do emprego e representando mais de 90% do tecido empresarial, assim como realizam mais de 50% do volume de negócios.¹⁵ O Livro

¹⁵ Instituto Nacional de Estatística (2010). Empresas em Portugal 2010. Lisboa: INE.

Verde procura incentivar nas PME a prática da RSE, pois o crescimento económico e o emprego passam muito por este tipo de empresas; daí a atenção da UE atuar no sentido da implementação de medidas e políticas de ajuda.

2.2. Normas e certificações

A Lei do Mecenato Cultural (D. L. n.º. 258/86) veio incentivar a ação social empresarial, concedendo um conjunto de benefícios fiscais aos mecenas. Seguiram-se outros diplomas no mesmo sentido.

A promoção e certificação da RSE junto das empresas e organizações constitui-se uma mais-valia para as mesmas, como tem sido referido. Essa atividade está adstrita a organismos para isso vocacionados: ENDS 2015, Conselho Empresarial para o Desenvolvimento Sustentável (BCSD Portugal), ISO 14 000 e ISO 26 000, a Estratégia Europa 2020 e muitos outros.

O Instituto Great Place to Work desde o ano 2000 compila uma lista das melhores empresas para trabalhar. Em comunicado a Great Place to Work adianta que “em 2015, os pontos fortes do Top Geral a destacar são o acolhimento (95%), o orgulho em trabalhar na empresa (93%) e nos seus resultados (94%).¹⁶

O Conselho Económico e Social (CES), em parecer de 17 de Janeiro de 2003 refere que a RSE constitui um instrumento para promover o modelo social europeu como um caminho para o processo de construção europeia.

Pelo que acabamos de referir, partilhamos que a RSE é uma temática em crescimento, que tem contribuído para o bom desempenho das organizações e sua sustentabilidade. No entanto, Fernando M. Seabra in Costa et al. (2011, p. 60), refere: “Para o senso comum a responsabilidade social das organizações confunde-se com os conceitos de ética, filantropia, mecenato, governo das sociedades, entre outros”.

¹⁶ [Http://tek.sapo.pt](http://tek.sapo.pt) – 04.08.2015.

2.3. Dados sobre a RSE em Portugal

Tendo em conta dados sobre os países da UE, Portugal ocupa a cauda da Europa relativamente a valores de dados/variáveis fundamentais, conforme a tabela 2:

TABELA 2 – Comparação de dados sobre RSE entre Portugal e UE

VARIÁVEIS	PORTUGAL	UE
Ensino Secundário	40%	75%
Taxa de abandono escolar	18,7%	16,7%
O consumo privado em 2013 (% do PIB)	64,6%	58,3%
Distribuição da desigualdade ente os 20% dos mais ricos e os 20% mais pobres (coeficiente)	6,0	5,0

FONTE: Construção própria – Dados Pordata 2013.

Em Portugal não só há mais pobres como os pobres estão mais pobres que na UE. As famílias portuguesas sofrem condições laborais e de vida cada vez mais difíceis. No entanto consumimos muito e em termos de produtividade não estamos bem colocados em relação à Europa. O desemprego é um dos maiores problemas da UE. De acordo Andrade (2015), o nível de concentração do rendimento mais do que triplicou em Portugal nas últimas três décadas. Apostar na economia real, ou seja, no bom funcionamento das empresas e na diversificação da produção; nas pequenas e médias empresas geradoras de grande número de postos de trabalho, tem a ver com a Responsabilidade Social.

2.4. Um lugar para a RSE no Direito?

As práticas de RSE demonstram que em Portugal são, em determinados sectores, requisito para acesso a certas certificações de qualidade ou de produtos. A RSE mantém uma relação próxima com a governação das empresas; admitimos que tendencialmente caminha para uma integração no Direito.

Será que a RSE conduz à desresponsabilização do Estado? As opiniões divergem, conforme os analistas, as culturas e os contextos sociais/continentais. Alguns autores defendem que o ordenamento jurídico do país contemple normas balizadoras de RSE, até para evitar atribuição de incentivos indevidos (cf. Sharon Sousa, in Costa et al. 2011). O balanço social é o documento mais usado para demonstrar o que foi feito pela empresa, no âmbito da RSE.

Carlos Silva in Costa et al. (2011) menciona que a RSE verifica-se quando:

- A empresa demonstra à sociedade que aplica parte dos seus recursos na ajuda a organizações e institutos voltados para o bem público ou para defender causas sociais, ecológicas e educacionais.
- A empresa relaciona-se de forma correta (ética e moral) com os seus *stakeholders*, concorrência e sociedade civil.
- A empresa prima pelo investimento em educação, formação.

A falta de mecanismos de avaliação por parte dos organismos para tal vocacionados, faz sentir a necessidade de criação de legislação sobre a RSE. Em Portugal também só a partir da década de 90 e segundo Rodrigues e Duarte (2012), o termo RSE entraria no léxico empresarial e a ser aplicado na prática das empresas portuguesas.

No entanto, é importante ligarmos a RSE e a ocorrência de insolvências em Portugal e perceber quantas empresas com responsabilidade social se apresentem à insolvência ou os seus administradores e/ou gerentes são julgados ao abrigo dos artigos 227º e 227º-a do Código Penal Português – a Responsabilidade Social da empresa como compromisso assumido com a comunidade eco-empresarial, pode ser integradora e orientadora da ética negocial: a insolvência, ou a insolvência dolosa ou negligente não são quadros prováveis porque a empresa se considera responsável pela vida dos seus trabalhadores e adotará medidas que lhe permitirão sobreviver a qualquer crise à espera de que o equilíbrio e a normalidade voltem. O mesmo critério se pode aplicar à ocorrência da corrupção, no entanto, esta ideia não é isenta de críticas porque a corrupção é como sabemos um crime silencioso e como tal muito facilmente presente não obstante a missão da empresa.

Conclusão

As definições da Responsabilidade Social das Empresas encerram oportunidades e contradições.

A emergência da RSE suscitou variadas teorias e abordagens: umas mais centradas numa visão clássica, em que o lucro é o objetivo supremo de toda a atividade empresarial e outras assentes numa visão mais contemporânea, mais abrangente e democrática, contemplando não só a área económica mas também a social e ambiental, tanto a nível interno como a nível externo.

A RSE tem vindo a desenvolver-se a partir de alguns fatores que se conjugam de forma dinâmica, entre os quais a globalização, a crise do estado, a defesa dos direitos humanos e do ambiente. Admitimos que as práticas dos conceitos clássicos de RSE são e vão continuar a ser uma realidade, a par com as práticas (em crescendo) contemporâneas.

A RSE em Portugal é uma realidade a nível empresarial e académico, apesar de tal estar a ocorrer um pouco mais tarde que noutros países. Esta temática tem estado mais concentrada nas grandes empresas, devido ao facto de estas possuírem meios técnicos, humanos e financeiros mais consideráveis, o que torna a abordagem à RSE mais fácil.

A RSE constitui-se parte integrante de uma ética e de gestão que se exige equilibrada, responsável e sustentável interna e externamente. Em conclusão, a RSE, apesar de admitir vários modelos epistemológicos, a sua existência como realização e dimensão constitutiva ou modificativa na realidade das pessoas que com ela se relacionam, é indelével. – A Responsabilidade Social como atitude e comportamento empresarial ético e responsável: como um conjunto de valores; como postura estratégica empresarial; como estratégia de relacionamento; como estratégia de marketing institucional; como estratégia de valorização das ações da empresa; como estratégia de valorização de produtos/serviços; como estratégia de inserção na comunidade; como estratégia social de desenvolvimento na comunidade; como promotora da cidadania individual e coletiva; como responsabilidade ambiental; implica toda uma nova forma de ser “empresa” – Toda esta miríade de “tipos de responsabilidade social” cria potenciais efeitos que são possíveis e reais no sentido de que ficam registados na vida da comunidade onde

a empresa está inserida. Uma empresa com estas marcas de “responsabilidade social” não corre o risco de ser insolvente, beneficiando a economia substancialmente. Por outro lado, esta “*persona empresarial*” também não assume por princípio práticas corruptas porque tem conhecimentos do sistema legal e fiscal para dele retirar os benefícios de que necessita para obter condições favoráveis para laborar – alia-se ao sistema legal procurando na parceria com o Estado as condições para se fortalecer e resistir à corrupção.

A Responsabilidade Social das Empresas é já uma realidade indissociavelmente à vida das empresas para além do lucro esperado e da estratégia empresarial. A RSE é para além da empresa em si como organização, é o domínio de influência da empresa como entidade complexa responsável por muitas relações económicas, sociais, humanas num ecossistema da qual faz parte integrante e que espera dela movimentos de interação e de integração.

BIBLIOGRAFIA

- CARROL, A. B. (1999) – “Corporate Social Responsibility: Evolution of a definitional construct” in *Business and Society*, nº 38.
- COSTA, Maria A. N. [et al.] In, *Responsabilidade Social: uma Visão Ibero-Americana*, Coimbra: Almedina, 2011.
- CORREIA, Ana Sofia Ribeiro (2013). *A Responsabilidade Social e as PME: As Práticas de RSE das Microempresas*. Lisboa: ISCAL (<http://docplayer.com.br> – 3.02.216).
- DIAS, Álvaro Lopes (2006). *Princípios de Gestão Estratégica*. Lisboa: EDIUAL.
- DONALSON, T.; PRESTON, L. (1995). “The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications”, *Academy of Management Review*, 20(1).
- FRIEDMAN, M. (1970). *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*. New York Times Magazine, 13.
- GOODPASTER, K. E. & MATTHEWS, Jr. (1998). “Can a Corporation have a conscience?” In K. R. Andrews (ed.), *Ethics in practice: Managing the moral corporation*, Boston: Harvard Business School Press.

- MOIR Lance (2006). “Measuring the business benefits”. *Ethical Corporation*, julho 2006, pp. 39-46.
- MONTEIRO, Manuel Alves (2015). – A Responsabilidade Social das Empresas (RSE)
- Artigo publicado originalmente nos Cadernos da CMVM (<http://www.cgov.pt> – 21.12.2015).
- VOGEL, David (2005). *The Market for Virtue, The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*, Washington: Brookings Institutional Press.
- AAvv. *Corporate social responsibility History* online http://www.cebcglobal.org/wp-content/uploads/2015/02/CSR-The_Shape_of_a_History.pdf . Acesso realizado a 5 de janeiro de 2016

Legislação

- Decreto-Lei n.º. 426/2008 de 18 de Novembro.
- Resolução do Conselho de Ministros n.º. 184/2003 de 25 de Novembro.
- Lei n.º. 38/2004 de 18 de Agosto.
- Resolução do Conselho de Ministros n.º. 112/2005 de 30 de Junho.
- Despacho n.º. 11262/2006 de 24 de Maio. Decreto-Lei n.º. 74/2007 de 27 de Março.
- Resolução do Conselho de Ministros n.º. 82/2007 de 22 de Junho.
- Norma NP 4469-1 de 2008. Norma NP EN ISO 9001 de 2008.
- Resolução do Conselho de Ministros n.º. 59/2008 de 1 de Abril. Decreto-Lei n.º. 173/2008 de 26 de Agosto.
- <http://www.aps.pt>.
- <http://www.ine.pt>
- <http://www.pordata.pt>
- <http://www.ethos.org.pt>

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: Iportela@ipca.pt

A ‘Armadilha da Pobreza’ e a ‘Armadilha do desemprego’ e seus efeitos negativos para a sustentabilidade da Segurança Social¹

The ‘Poverty Trap’ and the ‘Unemployment Trap’, and its adverse effects on the sustainability of Social Security

J. EDUARDO AMORIM²

Resumo: O presente trabalho visa demonstrar como os fenómenos identificados pela doutrina como “Armadilha da Pobreza” e “Armadilha do Desemprego” podem afetar negativamente à sustentabilidade da segurança social, sobretudo no regime geral dos trabalhadores por conta de outrem, seja pela perda de receita, seja no aumento dos custos sociais inerentes a eles.

Buscaremos demonstrar que uma elevada tributação sobre o rendimento do trabalho pode ferir a sustentabilidade do regime geral do sistema de segurança social em Portugal, uma vez que seu modelo de financiamento é excessivamente dependente da volatilidade do mercado de trabalho, e, que esta volatilidade é causada não só pela falta de desenvolvimento económico, como também pelo índice de empregabilidade que a nosso ver pode ser afetado pelos próprios efeitos dos fenómenos supracitados, em um cenário de retroalimentação negativa.

Neste sentido, assume elevada importância, políticas fiscais e alterações estruturais que neutralizem os fenómenos da “armadilha da pobreza” e “armadilha do desemprego”, que promovam o desenvolvimento económico e que amenize a dependência do financiamento do sistema ao mercado de trabalho.

Palavras-chaves: *Sustentabilidade da Segurança Social, Políticas Fiscais, desenvolvimento económico, financiamento da segurança social, justiça fiscal.*

¹ Entregue: 5.1.2017; aprovado: 13.3.2017.

² Jorge Eduardo Braz de Amorim – Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Portugal, MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – RJ, Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Veiga de Almeida – RJ, Advogado inscrito na OAB e OAP. e-mail: j.eduardoamorim.law@gmail.com; Rua Central de Francos, 751, 3º Dtº, 4250-127 – Porto

Abstract: This paper aims to demonstrate how the phenomena identified by the doctrine as “poverty trap” and “unemployment trap” may adversely affect the sustainability of social security, especially the general scheme of ‘workers on behalf of others’, either by loss of revenue, or the rising social costs inherent in them.

It seeks to demonstrate that a high tax wedge on labor income can hurt the sustainability of the general scheme of social security system in Portugal, since its funding model is overly dependent on the volatility of the labor market, and that this volatility is caused not only by the lack of economic development, as well as the employment index which in our view can be affected by the very effects of the above phenomenon in a negative feedback setting.

In this sense, fiscal policies and structural changes assume great importance that neutralize the phenomenon of “poverty trap” and “unemployment trap”, to promote economic development and to soften the dependence on funding system to the labor market.

Key words: *Sustainability of Social Security, tax policies, economic development, social security financing, taxation.*

1. Introdução

O modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem está pautado no regime de repartição, que, conjugado com a rigidez do princípio da adequação seletiva e do princípio da contributividade, distancia-se de uma genuína diversidade de fontes de financiamento, deixando-o demasiado dependente do mercado de trabalho, ou seja, do trabalhador ativo e de sua remuneração.

No presente trabalho buscaremos demonstrar que uma excessiva tributação (impostos e quotizações) sobre o rendimento do trabalho, quando desconexa dos benefícios sociais e fiscais concedidos em função da remuneração (ou ausência de remuneração), pode desmotivar o beneficiário na busca por um aumento do seu rendimento ou mesmo na busca de um posto de trabalho remunerado.

Demonstraremos que a taxa marginal da tributação do imposto sobre o rendimento – IRS, não pode ser tida isoladamente para análise de um eventual excedente de carga fiscal prejudicial à tributação ótima, ou seja, eficiente não só na função arrecadatória, mas, também, eficiente economicamente.

A tributação marginal sobre o rendimento deve ser analisada tendo em conta os benefícios fiscais e sociais que são concedidos ou retirados em função da remuneração baixa ou ausência de remuneração do beneficiário.

E desta constatação, buscaremos demonstrar a importância de uma efetiva e adequada integração do sistema de segurança social ao sistema fiscal, como instrumento para a busca de uma política fiscal que, integrada a uma reforma da segurança social, possa cumprir com os objetivos de acelerar a economia, respeitando os compromissos internacionais, promovendo uma redistribuição justa de rendimento, sem comprometer a sustentabilidade financeira do Estado e a capacidade contributiva dos contribuintes.

2. O 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.³

O Sistema Público tem previsão constitucional no artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa – CRP. Este dispositivo constitucional encarrega o Estado do 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, as linhas gerais do Sistema de Segurança Social em Portugal, estão estabelecidas na Lei de Bases da Segurança social⁴, que, com objetivo de cumprir a determinação do art. 63.º da CRP, divide o Sistema Público de Segurança Social em dois subsistemas: i – o sistema de proteção social e cidadania; e ii- o sistema previdencial.

³ V. TEIXEIRA, Glória. *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 169-179.

⁴ Lei n.º 4/2007 de 16 de Janeiro, doravante denominada neste trabalho por “Lei de Bases”

Por fim, cabe-nos aqui referir que o **sistema previdencial (também chamado de “contributivo”)**, por sua vez, divide-se em regimes distintos: **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 compõem o **sistema previdencial**, são definidos e regulados pelo Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social⁵, que normatiza o âmbito pessoal e material de cada regime, bem como, as relações jurídicas e seus respectivos regimes sancionatórios.

3. O modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem

O modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem está moldado pelos princípios, formas e fontes estabelecidos na Lei Base da Segurança Social.

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*⁶.

O modelo de financiamento do regime geral está vinculado ao *Princípio da Adequação Selectiva*⁷, princípio normatizado que estabelece que a fonte de financiamento do regime geral compõe-se exclusivamente, ao menos em tese⁸, pelas contribuições das entidades empregadoras e pelas quotizações dos trabalhadores.

⁵ Lei n.º 110/2009 de 16 de setembro, doravante referido neste trabalho por “Código Contributivo”.

⁶ V. Art.º 8.º da Lei de Bases.

⁷ V. Art.º 89.º da Lei de Bases.

⁸ 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, tudo isto com fundamento em Leis de aprovação ao Orçamentos de Estados.

Consoante ao que estabelece o art.º 90.º da Lei de Bases da Segurança Social, o *Sistema Previdencial*, e por via de consequência o seu regime geral, é financiado através das contribuições para a segurança social a cargo das entidades empregadoras e pelas quotizações pagas pelos empregados, previstas nos art.ºs 37.º e seguintes do Código Contributivo, às quais, em conjunto, são denominadas de *obrigações contributivas*⁹.

Portanto, em consequência do princípio da adequação seletiva, 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*. Fatores que venham impingir uma diminuição do contingente de trabalhadores ativos no mercado de trabalho podem comprometer o equilíbrio e a sustentabilidade do regime, uma vez que não há uma efetiva diversidade de fonte de financiamento no regime geral.¹⁰

4. Os fenómenos da “armadilha da pobreza” e/ou “armadilha do desemprego”, como fator negativo para a sustentabilidade do Regime Geral

As obrigações contributivas, definidas acima, 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 adentrar ao mérito da natureza jurídica das obrigações contributivas, certo é que a quotização, como demonstraremos, pode provocar uma alta tributação sobre o rendimento do trabalhador, uma vez que o art.º 46.º do Código Contributivo, ao alargar a base

⁹ Ver art. 38.º do Código Contributivo.

¹⁰ AMORIM, J. Eduardo. A contribuição para a segurança social a cargo da entidade empregadora e o desafio da sustentabilidade no regime geral dos trabalhadores por conta de outrem., in SILVA, M.M.M; CASTILHOS, D.S.; VEIGA, F.S. (dirs.) MIRANDA GONÇALVES, R. (coord.). *Dimensões dos Direitos Humanos*, Porto: Universidade Portucalense, pp. 205-2019, 2016, pp. 208-213.

de incidência da obrigação contributiva, aproximou-a da base de incidência do Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares – IRS, desta forma o trabalhador tem seu rendimento total tributado tanto em sede de IRS como em sede de quotização para a segurança social, gerando para si um elevado custo do trabalho¹¹.

O *Custo do trabalho* aqui referido *mede a extensão que a tributação marginal sobre o rendimento do trabalho (Imposto sobre o Rendimento + quotização para segurança social), desencoraja o emprego*, ou seja, revela-se uma ordem de medida à qual o trabalhador, tem em conta, quando compara o seu rendimento líquido do trabalho com o benefício social líquido¹² que poderia receber se estivesse em uma situação de pobreza ou de desemprego.

A nosso ver, o custo do trabalho é agravado pelo facto de que os tributos que o compõem nascem de sistemas distintos: sistema fiscal (IRS) e sistema da segurança social (Quotização); e que, para além de tributarem na mesma base de incidência, também atribuem ou retiram benefícios (fiscal e/ou sociais) consoante o patamar da mesma base, ou seja, do rendimento. Logo, as taxas marginais desses tributos sobre o rendimento, quando somadas à concessão ou cessação de benefícios (fiscais ou sociais), podem causar desestímulos à busca por trabalho ou melhoria de remuneração.

O que se chama à atenção é para o facto de que, não obstante o esforço para o cumprimento do mandamento constitucional da progressividade do imposto sobre o rendimento da pessoa singular, tendo-se em conta a necessidade do agregado familiar e objetivando a diminuição das desigualdades¹³; a tributação sobre o rendimento em sede de IRS, quando definida e executada em desarmonia com a tributação para a segurança social, e sem contemplar os critérios para as concessões e cessações de benefícios (sociais e fiscais), podem gerar desigualdades e conjunturas desmotivadoras ao próprio emprego.

¹¹ 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.

¹² Rendimento social mínimo, subsídio desemprego entre outros.

¹³ Ver art. 104.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

Segundo dados da OCDE de 2015¹⁴ o custo do trabalho, em Portugal, corresponde, na média, 42,06% do rendimento auferido pelo trabalhador, o que se revela elevado quando comparado com a Irlanda (27,47%), Reino Unido (30,82%) ou Dinamarca (36,45%).

Frise-se que não descuidamos que no mesmo estudo podemos observar percentuais superiores ao de Portugal. Porém, desde logo, gostaríamos de deixar claro que o trabalho exposto não propõe uma pura e simples comparação entre percentuais, mas sim, a identificação da própria carga e o efeito que a mesma pode ter quando comparada com o rendimento líquido dos benefícios sociais concedidos aos desempregados e aos cidadãos com baixo rendimento e, sobretudo, a forma como tais benefícios são concedidos e retirados. Portanto, a comparação com os demais países é aqui realizada apenas com a finalidade de demonstrar que existe margem de redução.

Ao ser um fator que desencoraja o emprego, a elevada tributação sobre o rendimento (custo do trabalho) pode provocar o que a doutrina denomina de armadilha da Pobreza e a armadilha do desemprego, fenômenos que contribuem negativamente para a sustentabilidade da segurança social, uma vez que produzem um efeito redutor de receita ao mesmo tempo em que eleva o custo social pela manutenção do pagamento de benefícios que auxiliam situações de pobreza e de desemprego.

Dá-se a armadilha da pobreza quando, um aumento do rendimento, confrontado com as taxas marginais de tributação (custo do trabalho) e com os critérios de concessão e cessação de benefícios fiscais e sociais, leva à uma efetiva perda, quando considerado o rendimento líquido a auferir. Vejamos um exemplo: Imaginemos que determinado indivíduo tem uma taxa de IRS baixa e recebe determinado benefício social, tudo por conta de seu baixo rendimento. Imaginemos agora que seu rendimento aumente, em consequência, poderá ser tributado a uma taxa de IRS mais elevada face à progressividade do regime, e ainda, poderá perder os benefícios fiscais e sociais face ao aumento do rendimento;

¹⁴ OECD (2016), *Tax wedge (indicator)*. doi: 10.1787/cea9eba3-en (acessado em 29 de maio de 2016).

o que poderá levá-lo a receber um rendimento líquido inferior ao que recebia antes do aumento de sua renda.

A armadilha do desemprego dá-se no mesmo sentido, vejamos: imaginemos que determinado beneficiário, pela condição de desempregado, recebe o subsídio desemprego acrescido de benefícios fiscais, e.g., isenções de taxas moderadoras, e benefícios sociais, e.g., abono de família; esse mesmo beneficiário, quando confrontado com uma proposta de emprego, certamente terá em conta não só o rendimento líquido que irá auferir, mas, também, o custo que terá pela perda do benefício fiscal e social que lhe é concedido face à sua condição de desempregado, e que, doravante à aceitação, terá ele próprio que custear do seu rendimento do trabalho. Logo, desta análise, o desempregado pode constatar que manter-se como tal, lhe é mais favorável.

Portanto, estamos diante de um fator de natureza tributário (excessiva tributação sobre o rendimento), que somado aos critérios de concessão e cessação de benefícios sociais geridos pelo sistema de segurança social, pode desencorajar o trabalho, o que interfere de forma negativa na sustentabilidade do regime geral da segurança social. Desta forma, inegável a importância de se ter os dois sistemas (fiscal e da segurança social) unificados, como forma de melhor verificar e gerir as eventuais disparidades entre as taxas marginais dos tributos sobre os rendimentos do trabalho e os benefícios sociais concedidos em função dos mesmos rendimentos (ou ausência).

Neste sentido, referindo-se sobre o problema da alta tributação sobre o rendimento e mais especificamente, sobre a não integração do Sistema Fiscal ao Sistema da segurança social, David Williams¹⁵ observa que a utilização do imposto invertido sobre o rendimento, i.e., atribuição de benefícios que são diminuídos à medida que a renda do beneficiário aumenta, faz surgir à circunstância de “armadilha da pobreza”, onde manter o rendimento baixo é mais benéfico ao cidadão; e/ou à “armadilha do desemprego”, conjuntura em que receber o subsídio desemprego é mais benéfico do que receber o rendimento do trabalho.

¹⁵ PEREIRA, Manuel H. de Freitas [et al]. *Tributação dos rendimentos do trabalho dependente: Relação com as contribuições para a Segurança Social*, Porto: Vida económica [etc.], 2000, pp. 46-56.

Em suma, os riscos dos desequilíbrios acima referidos, ocorrem quando a tributação marginal do rendimento do trabalho (tributos + perdas de benefícios/isenções) conduz a que tal rendimento mova-se para uma paridade com os benefícios sociais líquidos (montante + isenções).

Frise-se que este não é o único fator negativo para a sustentabilidade que está relacionado com o benefício concedido e o estímulo ao trabalho. Utilizando-se do sistema brasileiro como exemplo, conforme observam, Ionas Deda Gonçalves e Zélia Luiza Pierdoná, concessões administrativas ou por ativismo judicial, de *benefícios assistenciais*, sem a interpretação restritiva das normas que elencam as condições de acesso a tais benefícios, também podem promover um desestímulo ao trabalho, uma vez que, o valor mínimo do *benefício assistencial* (que é concedido independente de recolhimento de contribuições ao sistema), é o mesmo que o valor mínimo da maioria dos *benefícios previdenciários* concedido no âmbito do regime geral dos trabalhadores (70% no caso brasileiro)¹⁶. Logo, podemos constatar que, a paridade entre os valores mínimos de benefícios concedidos entre os diferentes sistemas (contributivo e não contributivo), também pode levar ao desestímulo ao trabalho, posto que, contribuindo ou não, o individuo garantirá o recebimento de um benefício, cujo valor, é igual ao concedido à grande maioria dos beneficiários do sistema contributivo.

Desta forma a unificação do sistema da segurança social ao sistema fiscal, bem como, a integração dos sistemas de segurança social, visando uma gestão unificada dos diferentes sistemas e regimes, a nosso ver, é o primeiro passo para a promoção de uma reforma tributária conjugada com uma reforma na segurança social para a promoção de uma necessária equidade e eficiência nos gastos sociais, conjugada com a efetivação de uma justiça fiscal no financiamento da segurança social, através da identificação do excedente de carga tributária, para o desenvolvimento de uma tributação eficiente economicamente, objetivando uma estrutura fiscal mais desejável para a sociedade, que a nosso ver,

¹⁶ GONÇALVES, Ionas D. e PIERDONÁ, Zélia Luiza. A previdência social brasileira: necessidade de ajustes para sua sustentabilidade. in SILVA, M.M.M; CASTILHOS, D.S.; VEIGA, F.S. (dirs.) MIRANDA GONÇALVES, R. (coord.). **Dimensões dos Direitos Humanos**, Porto: Universidade Portucalense, 2016, pp. 481-493, p. 492.

deve promover o financiamento dos gastos públicos, sem se descuidar do desenvolvimento económico que é o garantidor de um nível de bem-estar social fundamental para anular os efeitos negativos da tributação sobre o rendimento, ou seja, do custo do trabalho como desestímulo emprego.¹⁷

5. Conclusão

Por uma questão de delimitação, neste trabalho, não avançamos na discussão quanto à natureza jurídica das quotizações pagas pelos trabalhadores para o financiamento da segurança social, porém, admitindo a sua natureza tributária, que é consenso na jurisprudência¹⁸, ainda que sem aprofundarmo-nos na discussão do tipo tributário, entendemos, acompanhando o posicionamento da Prof.^a Glória Teixeira¹⁹, que as quotizações, segundo a metodologia fiscal, incidem sobre o rendimento ilíquido do trabalhador, como verdadeiros impostos.

Como tal, as quotizações não devem ser preteridas quando do estudo da carga fiscal sobre o rendimento do trabalho.

Verificamos ao longo do trabalho que, em Portugal, o modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem, está adstrito às contribuições das entidades empregadoras e as quotizações pagas pelos empregados, portanto, abundantemente dependente do mercado de trabalho ativo e das remunerações dos trabalhadores.

Também, das linhas deste trabalho, podemos constatar que uma desmensurada tributação sobre o rendimento do trabalho, combinada a uma atribuição de benefícios fiscais e de prestações sociais sem a devida integração entre os sistemas fiscais e da segurança social, podem

¹⁷ Para mais ver: PEREIRA, Paulo Trigo, [at.al]. *Economia e Finanças Pública*, 4.^a edição, revista e atualizada, Lisboa: Escolar Editora, 2012, pp. 218 e ss.

¹⁸ Acórdãos n.º 183/96 (Proc. n.º 438/92) e n.º 1203/96 (Proc.s n.ºs 270/90 e 1/92), Cit. por CABRAL, Nazaré – Contribuições Sociais e o Princípio da Legalidade Fiscal. in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 2, número 4 – Inverno, 2009, p. 105.

¹⁹ TEIXEIRA, Glória. *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a edição, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 182 e 184.

provocar um desestímulo ao trabalho, causando os fenómenos da armadilha da pobreza e armadilha do desemprego. Fenómenos que prejudicam a sustentabilidade da segurança social, uma vez que reduz a receita e pressiona a despesa.

Concluimos que para alcançar uma equidade e eficiência nos gastos sociais, bem como, uma equidade e uma justiça fiscal no financiamento do sistema contributivo da segurança social, é necessário promover uma reforma tributária conjugada com uma reforma na segurança social; e, para tanto, é indispensável que se promova uma verdadeira unificação do sistema da segurança social ao sistema fiscal, bem como, uma efetiva integração entre os sistemas e respectivos regimes da segurança social, sob uma administração única. Evitando assim que: i – a regulamentação e a gestão de benefícios sociais dos regimes contributivos e não contributivos tenham uma orientação e gestão prejudicial para o sistema por falta de uma política comum; e ii – que a tributação sobre o rendimento, planeada e executada sem uma efetiva coordenação com as concessões e cessações de benefícios (sociais e fiscais), possam propiciar efeitos contraproducentes na arrecadação para a segurança social e pressionar os gastos sociais, reforçando o desequilíbrio já existente, que, quando crónico, pode levar à insustentabilidade do sistema da segurança social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORIM, J. Eduardo. A contribuição para a segurança social a cargo da entidade empregadora e o desafio da sustentabilidade no regime geral dos trabalhadores por conta de outrem., in SILVA, M.M.M; CASTILHOS, D.S.; VEIGA, F.S. (dirs.) MIRANDA GONÇALVES, R. (coord.). **Dimensões dos Direitos Humanos**, Porto: Universidade Portucalense, 2016. pp. 205-2019.
- CABRAL, Nazaré da Costa. **O Orçamento da Segurança Social. Enquadramento da Situação Financeira do Sistema de Segurança Social Português**. Coimbra: Almedina, 2005.
- 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.
- GONÇALVES, Ionas D. e PIERDONÁ, Zélia Luiza. A previdência social brasileira: necessidade de ajustes para sua sustentabilidade. *in* SILVA, M.M.M; CASTILHOS, D.S.; VEIGA, F.S. (dirs.) MIRANDA GONÇALVES, R. (coord.). **Dimensões dos Direitos Humanos**, Porto: Universidade Portucalense, 2016. ISBN: 978-972-9354-45-8, pp. 481-493.
- MESTRE, Bruno. “Reflexões Críticas e Comparadas sobre o Código Contributivo.” *in* **Revista de Finanças Públicas 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.
- OECD (2016), **Tax wedge (indicator)**. doi: 10.1787/cea9eba3-en (acessado em 29 de maio de 2016)
- PEREIRA, Manuel H. de Freitas [et al.]. **Tributação dos rendimentos do trabalho dependente: Relação com as contribuições para a Segurança Social**. Coordenação Glória Teixeira, Porto: Vida económica [etc.], 2000.
- PEREIRA, Paulo Trigo, [at.al]. **Economia e Finanças Públicas**, 4.ª edição, revista e actualizada, Lisboa: Escolar Editora, 2012. ISBN: 978-972-592-346-7.
- QUELHAS, Ana Paula Santos. **A refundação do papel do Estado nas políticas sociais**. Coimbra: Almedina, 2001.
- 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.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: j.eduardoamorim.law@gmail.com

Direito biomédico e desenvolvimento:
A procriação medicamente assistida no contexto ibérico
a lei espanhola “versus” a lei portuguesa¹

*Biomedic law and development:
Medically assisted reproduction in Iberian context Spanish law
“versus” Portuguese law.*

JOÃO PROENÇA XAVIER²

Resumo: As Leis Espanhola e Portuguesa de Reprodução Medicamente Assistida (RMA) não são completamente diferentes, encontram-se entre as mais liberais posições anglo-saxónicas e as posições mais tradicionalistas Alemãs e Italianas. O estudo actual tem por objecto descrever a duas leis em questão, no caso a Lei Espanhola 14/2006 de 26 de Maio e a Lei Portuguesa 32/2006 de 26 de Julho, através de uma perspectiva comparada das soluções encontradas para os temas fortes da reprodução medicamente assistida no contexto Ibérico...

Este artigo pretende mostrar algumas das soluções trazidas pelas duas legislações, com espírito crítico e construtivo e, através da análise comparativa dos referidos textos legais, possibilitar que no futuro possam continuar a crescer no mesmo sentido. Que, como a perspectiva espanhola se vê mais aberta, se prevê também no futuro, possa ser ela a influenciar mais profundamente a visão mais conservadora apresentada pela lei portuguesa, rumo a uma evolução do direito biomédico e das tecnologias da saúde geradora de um desenvolvimento sustentado

¹ Entregue: 5.1.2017; aprovado: 13.3.2017.

² 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 .Membro do Instituto Jurídico Portucalense – IJP da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal. Investigador em parceria com FAF Sociedade de Advogados, RL; CEIS 20 UC – Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX –UNIVERSIDADE DE COIMBRA, RUA AUGUSTO FILIPE SIMÕES, 33, 3000 – 186 COIMBRA – PORTUGAL

de ambas as ciências, pelo menos no contexto ibérico de influência destas leis que aqui se estudam.

Palavras chave: *Reprodução Medicamente Assistida (RMA), Lei (Espanhola) 14/2006, Lei (Portuguesa) 32/2006, Direito Comparado.*

Abstract: Spanish and Portuguese Laws on Medically Assisted Reproduction (RMA) are not so different; they stand between American liberal “poses” and the more restricted positions from Italy and Germany. The present study wants to describe bought legislative solutions, in the Spanish Law 14/2006 and in the Portuguese 32/2006 Law, with the perspective of comparing the solutions for the strong themes in the medically assisted reproduction in Iberian context.

In our study, we want to show bough legal solutions from a critic and constructive point of view, through doing a comparative analysis of the texts of the laws in question, for creating the possibility for their growth together in the future. Because Spanish perspective is more opened, we can see that, also in the future, it will be influencing more profoundly the Portuguese more conservative vision.

Key words: *Medically Assisted Reproduction, (Spanish) Law 14/2006, (Portuguese) Law 32/2006, Comparative Law.*

Direito biomédico e desenvolvimento: A procriação medicamente assistida no contexto ibérico a lei espanhola “versus” a lei portuguesa.

A lei espanhola sobre técnicas de reprodução medicamente assistida, lei 14/2006/de 26 de Maio – Visão Comparada:

O ordenamento jurídico espanhol só começou a regulação das técnicas de reprodução assistida... com a lei 35/1988 de 22 de Novembro. A lei espanhola aprovada pelas “Cortes Generales” e sancionada pelo rei D. Juan Carlos I de Espanha³ justificou-se pela necessidade de regulação das novas técnicas de reprodução assistida que, desde o seu aparecimento na década de 70, vieram trazer uma abertura de novas possibilidades na solução do problema da infertilidade humana para um

³ Ver Lledó Yague, F. “*Comentarios Científicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de Mayo)*”, Dykinson, Madrid, 2007.

amplo contingente de casais acometidos por esta patologia.⁴ Espanha foi um dos primeiros países do seu círculo cultural e geográfico a promulgar uma lei sobre esta matéria: *“esta necesidad se materializó tempranamente mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.”*⁵

*“El importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma o revisión en profundidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre”.*⁶

É verdade que a lei espanhola de 1988 veio a ser completada pela lei 45/2003 de 21 de Novembro, que autorizou a utilização com fins científicos dos pré-embriões que estavam congelados, na data da entrada em vigor desta lei, mas com condições muito restritivas. *“Pero a la vez que abría esta posibilidad, establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada.”*⁷ Esta lei (45/2003) acusa um outro problema, dá diferente tratamento aos pré-embriões criopreservados conforme a data em que foram gerados. Os (embriões congelados) antes de Novembro de 2003, data da entrada em vigor da lei, podem ser utilizados, para além de outros fins, à investigação, possibilidade que estava vedada aos gerados posteriormente, que podiam destinar-se apenas aos fins reprodutivos do casal utilizador ou à doação a outras mulheres. Depois das críticas realizadas às leis anteriores⁸, pela Comisión Nacional de

⁴ Ver a “Exposición de Motivos” na Ley 14/2006 de 26 de Mayo.

⁵ Veja-se a “Exposición de Motivos” na Ley 14/2006 de 26 de Mayo.

⁶ Ver (Ídem) “Exposición de Motivos”... na Ley 14/2006 de 26 de Mayo

⁷ Ver também a “Exposición de Motivos” na Ley 14/2006 de 26 de Mayo.

⁸ Ver: A opinião da Chefe da Sección de Biología de USP Institut Universitari Dexeus y miembro de las comisiones catalana y nacional de reproducción humana asistida, en Boada Montse: – “La nueva Ley de Reproducción Asistida” *EL País*

Reproducción Humana Asistida, a lei espanhola 14/2006, passou a definir claramente o seu âmbito próprio de aplicação, o conceito de pré-embrião: “*entendiendo por tal, al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.*”⁹

Também de acordo com as indicações do Conselho Europeu, a lei espanhola actual proíbe a clonagem de seres humanos para fins reprodutivos.¹⁰ Por seu lado a lei 35/1988, que seguiu o método de enumerar,

13/06/ 2006 cit.:” *Las técnicas de reproducción asistida han experimentado un notable desarrollo en los últimos años y su regulación requería una importante revisión. La nueva Ley de Reproducción Asistida (Ley 14/2006) deroga las leyes anteriores unificándolas en una sola norma de acuerdo a la realidad actual. Introduce nuevas opciones terapéuticas como la posibilidad de realizar, previa autorización, un diagnóstico genético preimplantacional en combinación con determinación de antígenos de histocompatibilidad con fines terapéuticos para terceros. Esta nueva técnica permitirá solucionar el problema de distintas familias que tienen un hijo afectado por alguna enfermedad que requiere trasplante de médula ósea o sangre de cordón y que mediante el nacimiento de un hermano sano y compatible pueden intentar curarlo. También permite en determinados casos la congelación de ovocitos y tejido ovárico con fines reproductivos, abriendo la posibilidad de preservar la fertilidad cuando ésta se halla comprometida. Se modifica el periodo máximo de congelación de ovocitos y embriones dejándolo a criterio médico sin un límite fijo y otorga a las parejas la facultad de decidir el futuro de sus embriones congelados.*” http://elpais.com/diario/2006/06/13/salud/1150149606_850215.html (Consultado em 12/08/2014).

⁹ Veja-se: Artículo 1. Apartado 2 da Ley 14/2006 de 26 de Mayo.

¹⁰ Sobre esta materia ver: DECISIÓN DEL CONSEJO de 19 de diciembre de 2006 relativa al programa específico «Ideas» por el que se ejecuta el séptimo programa marco de la Comunidad Europea de acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007-2013) (Texto pertinente a efectos del EEE) (2006/972/CE) Artículo 3: “1. Todas las actividades de investigación realizadas en virtud del presente programa específico se llevarán a cabo respetando los principios éticos fundamentales. 2. No se financiarán dentro del presente programa los siguientes campos de investigación:– las actividades de investigación dirigidas a la clonación humana con fines de reproducción,– las actividades de investigación destinadas a modificar el patrimonio genético de los seres humanos con la posibilidad de hacer hereditarios esos cambios (4),– las actividades de investigación destinadas a la creación de embriones humanos exclusivamente con fines de investigación o para la obtención de células madre, incluida la transferencia de núcleos celulares somáticos. 3. La investigación sobre células madre humanas, tanto adultas como embrionarias, se podrá financiar dependiendo tanto del contenido de la propuesta científica como del marco jurídico de los Estados miembros interesados. En toda solicitud de financiación para la investigación con células madre embrionarias se consignarán, según proceda, información

mediante lista fechada, as técnicas que eram conhecidas ao momento, fixava em relação a elas os limites legais da sua actuação, deixando de fora as novas técnicas descobertas depois da promulgação da lei, já a nova lei, segue um critério muito mais aberto ao enumerar as técnicas que, segundo o estado da ciência e da prática clínica se podem realizar actualmente. Assim se evita a petrificação normativa e possibilita à autoridade sanitária correspondente para autorizar, obter parecer prévio da *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*, (da mesma forma que para Portugal existe o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida)¹¹: “*la práctica provisional y tutelada como*

relativa a las medidas de licencia y control que adoptarán las autoridades competentes de los Estados miembros, así como información relativa a la autorización o las autorizaciones éticas que se facilitarán. Por lo que respecta a la derivación de células madre de embriones humanos, las instituciones y organizaciones, así como los investigadores, estarán sujetos a un sistema estricto de autorización control de conformidad con el marco jurídico del Estado miembro o los Estados miembros interesados. 4. Los ámbitos de investigación enunciados en el apartado 2 se revisarán a la luz de los avances científicos para la segunda fase del presente programa (2010-2013).” https://ec.europa.eu/research/participants/portal/doc/call/fp7/common/29935-ideassp_es.pdf (Consultado en 30/08/2014)

¹¹ Veja-se a Lei Portuguesa actual, Capítulo VI Artigo 30.º, Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida: “1 – É criado o Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, adiante designado por CNPMA, ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA. 2 – São atribuições do CNPMA, designadamente: a) Actualizar a informação científica sobre a PMA e sobre as técnicas reguladas pela presente legislação; b) Estabelecer as condições em que devem ser autorizados os centros onde são ministradas as técnicas de PMA, bem como os centros onde sejam preservados gâmetas ou embriões; c) Acompanhar a actividade dos centros referidos na alínea anterior, fiscalizando o cumprimento da presente lei, em articulação com as entidades públicas competentes; d) Dar parecer sobre a autorização de novos centros, bem como sobre situações de suspensão ou revogação dessa autorização; e) Dar parecer sobre a constituição de bancos de células estaminais, bem como sobre o destino do material biológico resultante do encerramento destes; f) Estabelecer orientações relacionadas com a DGPI, no âmbito dos artigos 28.º e 29.º da presente lei; g) Apreciar, aprovando ou rejeitando, os projectos de investigação que envolvam embriões, nos termos do artigo 9.º; h) Aprovar o documento através do qual os beneficiários das técnicas de PMA prestam o seu consentimento; i) Prestar as informações relacionadas com os dadores, nos termos e com os limites previstos no artigo 15.º; j) Pronunciar-se sobre a implementação das técnicas de PMA no Serviço Nacional de Saúde; l) Reunir as informações a que se refere o n.º 2 do artigo 13.º, efectuando o seu tratamento científico e avaliando os resultados médico-sanitários e

técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas.”¹² Assim também, a nova lei espanhola de reprodução medicamente assistida, reforça o papel da Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida¹³ no que

psicossociológicos da prática da PMA; m) Definir o modelo dos relatórios anuais de actividade dos centros de PMA; n) Receber e avaliar os relatórios previstos na alínea anterior; o) Contribuir para a divulgação das técnicas disponíveis e para o debate acerca das suas aplicabilidades; p) Centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registo de dadores, beneficiários e crianças nascidas; q) Deliberar caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para selecção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave. 3 – O CNPMA apresenta à Assembleia da República e aos Ministérios da Saúde e da Ciência e Tecnologia um relatório anual sobre as suas actividades e sobre as actividades dos serviços públicos e privados, descrevendo o estado da utilização das técnicas de PMA, formulando as recomendações que entender pertinentes, nomeadamente sobre as alterações legislativas necessárias para adequar a prática da PMA à evolução científica, tecnológica, cultural e social.”

¹² Ver também: Artículo 20º de la Ley 14/2006.

¹³ Ver: Artículo 20º da Ley 14/2006 de 26 de Mayo, sobre a: Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida: “Artículo 20.: 1. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida es el órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan. 2. Formarán parte de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida representantes designados por el Gobierno de la Nación, las comunidades autónomas, las distintas sociedades científicas y por entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de estas técnicas. 3. Podrán recabar el informe o asesoramiento de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida los órganos de gobierno de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, así como las comisiones homólogas que se puedan constituir en estas últimas. Los centros y servicios sanitarios en los que se apliquen las técnicas de reproducción asistida podrán igualmente solicitar el informe de la Comisión Nacional sobre cuestiones relacionadas con dicha aplicación. En este caso, el informe deberá solicitarse a través de la autoridad sanitaria que haya autorizado la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por el centro o servicio correspondiente. 4. Será preceptivo el informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en los siguientes supuestos: a) Para la autorización de una técnica de reproducción humana asistida con carácter experimental, no recogida en el anexo.

toca a estas matérias e reforçando os registos e outros mecanismos de informação que devem constituir-se e aperfeiçoar-se relativamente à informação pública como elemento essencial da prática destas técnicas. Uma vez que para além do Registo de *doantes* de gâmetas e de pré-embriões com fins reprodutivos¹⁴, (que a nova lei cria), estabelece-se um registo da actividade dos centros de reprodução assistida.¹⁵

b) Para la autorización ocasional para casos concretos y no previstos en esta Ley de las técnicas de diagnóstico preimplantacional, así como en los supuestos previstos en el artículo 12.2. c) Para la autorización de prácticas terapéuticas previstas en el artículo 13. d) Para la autorización de los proyectos de investigación en materia de reproducción asistida. e) En el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que versen sobre materias previstas en esta Ley o directamente relacionadas con la reproducción asistida. f) En cualquier otro supuesto legal o reglamentariamente previsto. 5. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberá ser informada, con una periodicidad al menos semestral, de las prácticas de diagnóstico preimplantacional que se lleven a cabo conforme al dispuesto en el artículo 12.1. Igualmente, con carácter anual deberá ser informada de los datos recogidos en los Registros nacionales de donantes y de actividad de los centros a los que se refieren los artículos 21 y 22. 6. Las comisiones homólogas que se constituyan en las Comunidades Autónomas tendrán la consideración de comisiones de soporte y referencia de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y colaborarán con ésta en el ejercicio de sus funciones. 7. Los miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberán efectuar una declaración de actividades e intereses y se abstendrán de tomar parte en las deliberaciones y en las votaciones en que tengan un interés directo o indirecto en el asunto examinado.”

¹⁴ Que já estava previsto pela Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

¹⁵ Ver os Artículos 21º, 22º, y 23º da Ley 14/2006: Registros nacionales de reproducción asistida. Artículo 21. Registro nacional de donantes. “1. El Registro nacional de donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquéllos. 2. Este registro, cuyos datos se basarán en los que sean proporcionados por las comunidades autónomas en el que se refiere a su ámbito territorial correspondiente, consignará también los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. 3. El Gobierno, previo informe del Consejo Inter-territorial del Sistema Nacional de Salud y mediante real decreto, regulará la organización y funcionamiento del registro nacional. Artículo 22. Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida. “1. Con carácter asociado o independiente del registro anterior, el Gobierno, mediante real decreto y previo informe del Consejo Inter-territorial del Sistema Nacional de Salud, regulará la constitución, organización y funcionamiento de un Registro de actividad

No primeiro, consignam-se os fillos nascidos de cada um dos *doantes*, a identificação dos casais ou mulheres receptoras e a localização original de uns e de outros no momento da doação e a sua utilização.

Já no segundo, registam-se os dados sobre a tipologia das técnicas e procedimentos, taxas de êxito e outras questões que sirvam para informar os cidadãos sobre a qualidade de cada um dos centros, que deverão ser dados públicos e publicados pelo menos uma vez por ano. Também se apontará o número de pré- embriões que se conservem em cada centro ou Serviço de reprodução assistida e elimina-se assim a obrigação estabelecida na lei anterior de enviar os embriões excedentários das técnicas ao Centro Nacional de Transplantes y Medicina Regenerativa.

A nova lei espanhola 14/2006 resolve os problemas suscitados pela legislação precedente, eliminando as diferenças relativamente aos embriões que se encontravam criopreservados antes da entrada em vigor da lei 45/2003 e aqueles que viessem a ser gerados depois desta data, relativamente aos seus destinos possíveis: sempre sujeitos à vontade dos progenitores e no caso da investigação, vinculados a condições restritas de autorização seguimento e controle por parte das autoridades sanitárias correspondentes.¹⁶

de los centros y servicios de reproducción asistida. 2. El Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida deberá hacer públicos con periodicidad, al menos, anual los datos de actividad de los centros relativos al número de técnicas y procedimientos de diferente tipo para los que se encuentren autorizados, así como las tasas de éxito en términos reproductivos obtenidas por cada centro con cada técnica, y cualquier otro dato que se considere necesario para que por los usuarios de las técnicas de reproducción asistida se pueda valorar la calidad de la atención proporcionada por cada centro. El Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida recogerá también el número de preembriones crioconservados que se conserven, en su caso, en cada centro.” Artículo 23. Suministro de información. “Los centros en los que se practiquen técnicas de reproducción asistida están obligados a suministrar la información precisa, para su adecuado funcionamiento, a las autoridades encargadas de los registros regulados en los dos artículos anteriores.”

¹⁶ Ver: Centros Sanitarios y equipos biomédicos en la Ley 14/2006: Artículo 17. Calificación y autorización de los centros de reproducción asistida: “Todos los centros o servicios en los que se realicen las técnicas de reproducción asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de gametos y preembriones, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios. Se regirán por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en la normativa que la desarrolla o en la de las

Conclui-se a legislação, com um regime que caracteriza e define as infracções e sanções para quem violar as suas normas e princípios,¹⁷ conforme as orientações que se seguem: As Sanções (em Espanha) são reguladas no Capítulo VIII da nova lei espanhola sobre técnicas de

Administraciones públicas con competencias en materia sanitaria, y precisarán para la práctica de las técnicas de reproducción asistida de la correspondiente autorización específica.” Artículo 18. Condiciones de funcionamiento de los centros y equipos: “1. Los equipos biomédicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de reproducción asistida, sus aplicaciones complementarias o sus derivaciones científicas y contarán para ello con el equipamiento y los medios necesarios, que se determinarán mediante real decreto. Actuarán interdisciplinariamente, y el director del centro o servicio del que dependen será el responsable directo de sus actuaciones. 2. Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes o si, por omitir la información o los estudios establecidos, se lesionan los intereses de donantes o usuarios o se transmiten a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos. 3. Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, custodiada con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas. Los datos de las historias clínicas, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan. 4. Los equipos biomédicos deberán realizar a los donantes y a las receptoras cuantos estudios estén establecidos reglamentariamente, y deberán cumplimentar igualmente los protocolos de información sobre las condiciones de los donantes o la actividad de los centros de reproducción asistida que se establezcan.” Artículo 19. Auditorías de funcionamiento. “Los centros de reproducción humana asistida se someterán con la periodicidad que establezcan las autoridades sanitarias competentes a auditorías externas que evaluarán tanto los requisitos técnicos y legales como la información transmitida a las Comunidades Autónomas a los efectos registrales correspondientes y los resultados obtenidos en su práctica clínica.” Ver también a exposición de motivos Ley 14/2006: “Se eliminan los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.”

¹⁷ De modo um pouco diferente a lei Portuguesa no seu Capítulo VII, determina as “Sanções”, dividindo-se em IV secções: “Responsabilidade Criminal”, “Ilícito Contra-Ordenacional”, “Sanções Acessórias” e “Direito Subsidiário”. Direito subsidiário que neste caso, é o Código Penal/Direito Penal/ Direito Penal Português e o Regime Geral das Contra- Ordenações.

reprodução assistida, a Ley 14/2006 de 26 de Maio, de acordo com o disposto na Ley 30/1992 de 26 de Novembro, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, e na Ley 14/1986, de 25 de Abril, a lei Geral da Saúde espanhola. As infracções em matéria de reprodução humana assistida serão objecto das sanções administrativas correspondentes, sem prejuízo das responsabilidades penais e cíveis que se possam sustentar.

Sabendo que quando está em causa um delito ou falta, e se aplique uma sanção penal, esta excluirá a sanção administrativa; nos casos em que fique provado o delito o expediente sancionador seguirá com as provas do Tribunal. Nos procedimentos sancionadores em que se considerem infracções *graves o muy graves*, podem-se adoptar, a Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común e as suas normas conexas. As medidas que se determine tomar, com indicação ao início do processo/procedimento devem ser confirmadas, modificadas ou levantadas ao acusado, dentro dos 15 dias seguintes à sua adopção, e que podem ser objecto de recurso que proceda. Todavia, estas medidas ficam sem efeito, se não se indicar o dito prazo no respectivo procedimento sancionador, (ou quando de início o processo não contenha um procedimento expresse acerca daquelas medidas). O órgão administrativo sancionador poderá estabelecer (sanções acessórias) multas de montante que não exceda os 1.000 euros por dia que o acusado passe sem cumprir as medidas provisionais que tenham sido determinadas. A lei de Reprodução Medicamente Assistida espanhola determina que o autor será responsável por infracções diferentes, quando o cumprimento das obrigações previstas nesta lei corresponda a várias pessoas conjuntamente, responderão todos os implicados solidariamente pelas infracções que se comentam e pelas sanções que se imponham. Em conformidade com o artículo 130.3 da Ley 30/1992, de 26 de noviembre: “*los directores de los centros o servicios responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos.*”¹⁸

¹⁸ Ver: Artículo 25 (in fine) da Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Em matéria da aplicação das técnicas de reprodução assistida, actualmente em Espanha as infracções podem qualificar-se como: como *muy graves*, *graves* ou *leves*.¹⁹

Estas estão catalogadas no Artículo 26 número 2, da nova lei Espanhola de Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida a Ley 14/2006, na alínea a) para as infracções leves, alínea b) para as infracções graves e na alínea c) para as infracções muito graves.²⁰ Na realidade

¹⁹ Ler: Artículo 26. Apartado 2 da Ley Española 14/2006, epígrafe – Infracciones: “Además de las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de las tipificadas en la legislación de las comunidades autónomas, se consideran como infracciones leves, graves y muy graves.”

²⁰ Conferir (idén) o Artículo 26.2 Infracciones “a) Es infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave. b) Son infracciones graves: 1.ª La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas. 2.ª La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias. 3.ª La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso. 4.ª La ausencia de suministro a la autoridad sanitaria correspondiente para el funcionamiento de los registros previstos en esta Ley de los datos pertenecientes a un centro determinado durante un período anual. 5.ª La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en esta Ley. 6.ª La retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra del previsto en los artículos 5.3 y 11.6. 7.ª La publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos en contra del previsto en el artículo 5.3. 8.ª La generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido que resulte de la falta de diligencia del centro o servicio correspondiente en la comprobación de los datos facilitados por los donantes y, en el caso de éstos, el suministro de datos falsos en la identidad o la referencia a otras donaciones previas. 9.ª La generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso. 10.ª En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo. 11.ª La realización continuada de prácticas de estimulación ovárica que puedan resultar lesivas para la salud de las mujeres donantes sanas. 12.ª El incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre países. c) Son infracciones muy graves: 1.ª Permitir el desarrollo in vitro de los preembriones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito, descontando de ese tiempo el que pudieran

esta qualificação não dispensa a consulta do catálogo de infracções apresentado no Artículo 26 número 2 da lei espanhola em vigor, (Ley 14/2006 – que se encontra incluída em algumas notas de rodapé deste trabalho de investigação), no entanto, e a mero título indicativo (para saber de que falamos) aqui deixo a título de demonstrativo alguns exemplos de cada modalidade de infracção conforme indicação deste Artículo 26 número 2 alíneas a), b) y c) da lei espanhola sobre técnicas de reprodução assistida que estudamos:

- A lei espanhola considera que é infracção leve: “*el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley*”, sempre que esta não seja considerada ou tipificada como infracção grave ou muito grave.
- A lei espanhola considera que são infracções graves: (por exemplo) a negligência pelas equipas de trabalho das suas obrigações legais no tratamento aos usuários/destinatários destas técnicas, a omissão de dados, a falta dos consentimentos e as referências exigidas pela lei, como a não realização da história clínica em cada caso, a ruptura das condições de confidencialidade dos dados dos *doantes*, o pagamento por doação de gametas e embriões ou a sua compensação económica, a geração de um número de filhos por *doante* superior ao legalmente permitido, a geração de um número de pré-embriões em cada ciclo reprodutivo que

haber estado criopreservados. 2.ª La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2. 3.ª La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización. 4.ª La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley. 5.ª La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora. 6.ª La transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres. 7.ª La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de los ensayos actualmente permitidos. 8.ª La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles. 9.ª La práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos. 10.ª La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.”

supere o necessário, e no caso da fecundação *in vitro* e técnicas afins a transferência de mais de 3 pré-embriões a cada mulher em cada ciclo reprodutivo, entre outras referidas na lei.

- A lei espanhola considera que são infracções muito graves: permitir o desenvolvimento *in vitro* de pré-embriões mais tempo que o limite dos 14 dias seguintes à fecundação do ovócito (descontado o tempo que estes possam estar crioconservados), a realização das técnicas de reprodução assistida fora dos centros autorizados, investigar com embriões humanos sem cumprir com os limites legais, a criação de pré-embriões com material de indivíduos diferentes para transferência à mulher receptora, a produção de híbridos que utilizem material genético humano (salvo caso de ensaios permitidos), as técnicas de transferência nuclear com fins reprodutivos e a selecção de sexo e outras manipulações genéticas com fins não terapêuticos ou fins terapêuticos não autorizados... Para além disso convém recordar que segundo a lei espanhola, as infracções muito graves prescrevem após 3 anos, as infracções graves prescrevem após 2 anos e as infracções leves prescrevem após 6 meses.²¹ Em Espanha, são os respectivos órgãos competentes das Comunidades Autónomas e cidades com estatuto de autonomia, que conforme o caso, exercem as funções de controlo e inspecção dos expedientes de instrução e resolução destas questões, bem como por ofício a instancia/citação da parte destas sanções...²²

²¹ Ver neste sentido o Artículo 24 número 5, (in fine) de Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

²² Ver também: Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida la Ley 14/2006, que explicita os montantes máximos e outras penalidades a que os infractores estão sujeitos, (atentos ao Artículo 27. Sanciones): “1. *Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; las graves, con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta un millón de euros. En el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 26.c) 2.ª y 3.ª, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida. En el caso de la infracción grave tipificada en el artículo 26.b) 5.ª, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar en la resolución que imponga la sanción la revocación de la autorización concedida al centro o servicio de reproducción asistida.* 2. *La cuantía*

Já a lei portuguesa, em lugar de catalogar as infracções como leves, graves ou muito graves como faz a sua congénere espanhola, por seu lado determina, ao contrário, condutas susceptíveis de responsabilidade criminal, na sua “Secção I”²³, Artigos 38º a 43º, condutas susceptíveis

de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los riesgos para la salud de la madre o de los preembriones generados, la cuantía del eventual beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración sanitaria o social producida, la generalización de la infracción y la reincidencia. 3. En todo caso, cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor. 4. Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en esta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquélla que comporte la mayor sanción. 5. Las cuantías de las multas serán revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno mediante real decreto.”

²³ Ver: Responsabilidade criminal na Lei Portuguesa de Reprodução Assistida. SECÇÃO I:

Artigo 34.º (Centros autorizados) “*Quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos.*” Artigo 35.º (Beneficiários) “*Quem aplicar técnicas de PMA com violação do disposto no n.º 2 do artigo 6.º é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.*” Artigo 36 (Clonagem reprodutiva): Ver “finalidades proibidas” Artigo 37.º (Escolha de características não médicas) “*Quem utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo, fora dos casos permitidos pela presente lei, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.*” Artigo 38.º (Criação de quimeras ou híbridos) “*Quem criar quimeras ou híbridos com fins de PMA é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.*” Artigo 40.º (Utilização indevida de embriões) “1 – *Quem, através de PMA, utilizar embriões na investigação e experimentação científicas fora dos casos permitidos na presente lei é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.* 2 – *Na mesma pena incorre quem proceder à transferência para o útero de embrião usado na investigação e na experimentação científicas fora dos casos previstos na presente lei.*” Artigo 41.º (Intervenções e tratamentos) “1 – *Às intervenções e tratamentos feitos através de técnicas de PMA por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada com conhecimento do médico responsável aplica-se o disposto no artigo 150.º do Código Penal.* 2 – *As intervenções e tratamentos no âmbito da PMA feitos sem conhecimento do médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado constituem ofensas à integridade física, puníveis nos termos do Código Penal, de acordo com as lesões provocadas, sem prejuízo de qualquer outra tipificação penal.*” Artigo 42.º (Recolha e utilização não consentida de gametas) *Quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na PMA é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.* Artigo 43.º (Violação do dever de sigilo ou de confidencialidade) *Quem violar o disposto no artigo 15.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena*

de determinar responsabilidade “contra-ordenacional”, na sua “Secção II” no Artigo 44º e, no final da “Secção III”, a Lei Portuguesa determina sanções acessórias, que como indica o seu nome, podem acrescer à penalização principal.

Cabe-nos aqui indicar, que a Lei Portuguesa se ocupa de determinar as infracções mais graves na “Secção I” de que falámos, e aqui determina, em função da conduta violadora, escalas (de carácter penal) de penalização para os delinquentes, que passam por penas de prisão até 8 anos para condutas consideradas mais graves dentro deste seguimento. A título de mero exemplo indicamos um conjunto de infracções muito graves para a Lei Portuguesa de Reprodução Medicamente Assistida Lei 32/2006, que figuram nesta secção do ordenamento português e as suas modalidades penais respectivas, demonstrando, em nossa opinião, um distanciamento considerável do ordenamento espanhol que caracterizamos atrás.

Assim a lei portuguesa, castiga com pena de prisão até 3 anos quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados, castiga com prisão de 2 a 8 anos a quem aplique técnicas de PMA a menores de 18 anos, interditos ou inabilitados com anomalia psíquica, condena com pena de prisão a quem recorra a material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na procriação medicamente assistida, aplica pena de prisão de 1 a 5 anos a quem transferir embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo, “clonagem reprodutiva”,

de multa até 240 dias.” Aquí se junta el nuevo apartado 43ª – A, de la nueva reforma de carácter penal con influencia en la Ley de PMA portuguesa. 23ª ALTERACIÓN AL CODIGO PENAL (versión actualizada) Artigo 4.º De la LEI nº59/2007 de 04 de Setiembre – Aditamento a la Lei n.º 31/2004, de 22 de Julio, al Decreto-Ley n.º 15/93, de 22 de aÑero, y a la Lei n.º 32/2006, de 26 de Julio: 3 – *É aditado o artigo 43.º-A à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida), com a seguinte redacção: “Artigo 43.º-A Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.”* Consultar a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (actualizada face ao diploma em epigrafe) Lei 32/2006 de 26 de Junho: Artigo 43.º-A Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas Las personas colectivas y entidades equiparadas son responsables en los términos generales, por los crímenes previstos en la presente ley.

Aditado por el siguiente diploma: Lei n.º 59/2007, de 04 de Setiembre.

salvo quando seja imprescindível para a aplicação das técnicas de PMA, incorre na mesma pena quem implantar embrião obtido através de cisão de embriões, castiga esta lei com pena de 1 a 5 anos quem criar quimeras ou híbridos com fins de reprodução assistida. Por seu lado a lei portuguesa de PMA, determina conteúdo susceptível de condenação a título de ilícito “contra-ordenacional”²⁴ com “coima” de 10 000 a 50 000 euros (para pessoas singulares) ou com “coima” máxima até 500 000 euros (para sujeitos colectivos) a quem: aplicar técnicas de PMA sem condições, ou fora de centros autorizados, ou aplicar técnicas de reprodução medicamente assistida a quem não seja reconhecido estatuto de destinatário das técnicas, ou aplicar técnicas de PMA sem consentimento. Não obstante, a lei portuguesa, também determina a possibilidade de sanções acessórias, quer a quem for condenado por crime quer a quem for condenado por contra-ordenação, previstas no diploma português no Artigo 45.º da Lei 32/2006 e que podem ser: uma injunção judiciária, a proibição temporal do exercício da actividade profissional, a privação de subsídios à actividade por parte do Estado, fecho temporal do estabelecimento, cessação da autorização de funcionamento e publicidade da condenação.

É de assinalar que quem tem responsabilidade para a aplicação do Direito Penal em Portugal são os Tribunais, portanto incumbe aos Tribunais Portugueses a aplicação das sanções neste capítulo, bem como seja incrementar na condenação por crime ou por contra-ordenação as respectivas “sanções acessórias” de que falámos acima. De forma diferente em Espanha, em termos da Ley Española de Procreación Medicamente Asistida (Ley 14/2006), são os órgãos (administrativos)

²⁴ Veja-se: Ilícito contra – ordenacional na Lei Portuguesa de Reprodução Assistida. SECÇÃO II: Artigo 44.º (*Contra-ordenações*) “1– Constitui contra-ordenação punível com coima de E 10 000 a E 50 000 no caso de pessoas singulares, sendo o máximo de E 500 000 no caso de pessoas colectivas: a) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifique as condições previstas no artigo 4.º; b) A aplicação de qualquer técnica de PMA fora dos centros autorizados; c) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifique os requisitos previstos no artigo 6.º; d) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que o consentimento de qualquer dos beneficiários conste de documento que obedeça aos requisitos previstos no artigo 14.º 2 – A negligência é punível, reduzindo-se para metade os montantes máximos previstos no número anterior.”

das comunidades autónomas e Cidades com Estatuto Autonómico, quem por seu lado, exercem as funções de controlo e inspecção destas sanções.

Em conclusão, de modo diferente a lei portuguesa de Procriação Medicamente assistida determina que as sanções (em Portugal), são sanções principalmente de natureza penal, que implicam responsabilidade criminal. Ao passo que a Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, apesar de não excluir a possibilidade de haver responsabilidade penal e civil dos “prevaricadores” trata as sanções primordialmente como resposta a infracções que considera “naturalmente” de carácter administrativo. Assim, na minha opinião, a Lei Portuguesa de Reprodução Medicamente Assistida (Lei 32/2006 de 26 de Julho), por seu lado, aponta no seu texto uma vocação muito mais conectada com a criminalização das condutas infractoras que a Lei Espanhola (14/2006), dado que na Lei Portuguesa se analisam estas condutas de um ponto de vista orientado pelo direito penal, o que parece que não acontece no ordenamento espanhol.

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 lAmayuelas, Esther, “Interpretación de testamento contraria a los Derechos Humanos”, in *Derecho Privado y Constitución*, 2004, 18, pp. 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, 1992, Vol. II.
- Barbas, S. Marcos Neves, “Aspectos Jurídicos da Inseminação artificial “post mortem”, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1999, tomo II, 7º, pp. 21-24.

- Barbas, S. Marcos Neves, “Da problemática jurídica dos embriões excedentários”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2000, Jan/Jun., pp. 103-113.
- Barbas, S. Marcos Neves, “*Direito ao Património Genético*”, Coimbra, Almedina, 2006.
- 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 Reproducción Humana Asistida*”, Madrid, Thomson Aranzadi, 2007.
- 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 Medicinæ*, 4, 7, 2007.
- Oliveira, Guilherme De, “Um Caso de Selecção de Embriões”, in *Lex Medicinæ*, 1, 2004.
- Oliveira, Guilherme De, “Beneficiários da Procriação Assistida” in *Temas de direito da medicina*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 31-58.

- 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 Casabona, 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, pp. 75/ss.
- 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 Medicinæ*, 7, 13, 2010.
- Proença Xavier, João, “*Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentarios en la Reproducción Medicamente Asistida*”, Tesina Doctorado “*Pasado y Presente de Los Derechos Humanos*”, Salamanca, 2012.

Legislación

- Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. <<http://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf>> [30 diciembre 2015].
- Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida, Lei 32/2006 de 26 de Julho fdunl.pt, <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf> [30 diciembre 2015]. (Versão actualizada Lei 59/2007 de 4 de Setembro onde o Artigo 4.º da Lei nº59/2007 de 04 de Setembro – Aditamento à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho), <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=930A0004&nid=930&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&nversao=1> [30 diciembre 2015].
- Ley Española de Procreación Medicamente Asistida, Ley 14/2006 de 26 de Mayo, (versión incluida en la Tesis del Autor). <<http://www.bioeticaweb>.

com> [30 diciembre 2015]. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Jefatura del Estado «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Referencia: BOE-A-2006-9292 Texto Consolidado – Última modificación: 14 de julio de 2015). <<http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf> > [30 diciembre 2015].

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: joao.proenca.xavier@usal.es

A atuação preventiva dos sindicatos no Brasil: a aplicação da mediação de conflitos nas relações de trabalho¹

Preventive action of trade unions in Brazil: the application of conflict mediation in work relations

LUCIANE MARA CORREA GOMES²
TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL³

Resumo: O trabalho busca debater a atuação do sindicato na defesa dos direitos sociais do trabalhador, através da mediação, haja vista a sua inserção como método alternativo à jurisdição. Considerando que a mediação de conflitos se operacionaliza apenas nos dissídios coletivos, o presente estudo busca avaliar a eficácia da mediação na esfera dos dissídios individuais. Fato necessário pontuar é que o agir do sindicato, quando destinado ao reequilíbrio da relação obreiro-patronal está revestido de duas características essenciais ao seu papel social, seja a representação da classe profissional, seja a atuação individual, fortalecendo o empoderamento do trabalhador. No Brasil, a regulamentação para a aplicação da mediação tornou-se delimitada por resoluções do Conselho Nacional de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, com a finalidade de instituir as práticas de mediação com o objetivo de restaurar as relações sociais corroídas pelos contrastes entre os envolvidos.

Palavras chave: *Direito social. Mediação de conflitos. Sindicatos.*

¹ Entregue: 5.1.2017; aprovado: 13.3.2017.

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. Professora no Centro Universitário Augusto Motta e Faculdade Mercúrio. e-mail: lucianemara@uol.com.br

³ 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). e-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Abstract: The work seeks to discuss the role of the union in defense of the social rights of workers, through mediation, given its inclusion as an alternative method jurisdiction. Whereas conflict mediation is operationalized only in collective bargaining, the present study aims to evaluate the effectiveness of mediation in the sphere of individual bargaining. Fact necessary point is that the act of union, when destined for rebalancing the worker-employer relationship is coated with two essential features to its social role, is the representation of the professional class, is the individual performance, strengthening worker empowerment. In Brazil, the rules for the implementation of mediation has become defined by resolutions of the National Council of Justice, the Superior Labor Court and the Superior Council of Labor Justice, in order to institute the mediation practices in order to restore social relations eroded by the contrasts between those involved.

Key words: *Social law. Conflict mediation. Unions.*

Introdução

A atuação do sindicato em prol da defesa das categorias profissionais é fruto de diversos debates entre operadores do Direito e cientistas, não só por haver o diagnóstico de violação dos direitos sociais pelo empregador é uma afronta direta, como também aos direitos humanos do trabalhador, assim como infere no desenvolvimento da sociedade, ante aos recortes sociais, culturais e econômicos peculiares a esta relação.

Muitas oportunidades de atuação do sindicato não são concretizadas por haver a falsa ideia de que na relação do contrato de trabalho individual não há participação do ente e que este pacto por ser desprovido de igualdade de armas, ante a concentração do poder na figura do empregador, não tem a acolhida da associação por não ser do interesse da classe. Esta é apenas uma das falsas impressões a respeito da participação do ente, uma vez que o desequilíbrio justifica a sua atuação neste pacto, não só para garantir o direito individual do trabalhador como também fazer cumprir a promessa da Constituição de proteção fundamental ao obreiro dos direitos sociais.

Avaliar a legitimidade do sindicato para tomar parte nas mediações de conflito de forma preventiva no Brasil é o objeto deste estudo,

tendo em vista que os processos judiciais, por vezes, não resolvem mazelas pontuais, apenas dizem a quem pertence o direito posto à análise. Especificamente, estudar a legitimidade do sindicato para estar à frente ou inserido no processo de acomodação de conflitos de natureza trabalhista será uma formas com as quais se busca viabilizar a aplicabilidade da mediação de conflitos na seara da Justiça do Trabalho. Este objetivo está vinculado a compreender a aplicação da Resolução n. 125, de 29 de dezembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, como também da Resolução n. 174 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, de 30 de setembro de 2016.

O marco teórico a ser utilizado é a leitura de Luiz Alberto Warat sobre a aplicabilidade da mediação nas relações sociais, bem como de Leonardo Rabelo de Matos para conceber a legitimidade e a liberdade sindical para preservar as relações dos associados e da categoria profissional com a cidadania.

Sendo a pesquisa bibliográfica referente aos conceitos necessários ao desenvolvimento do trabalho no que tange à função social do sindicato, receberá tratamento qualitativo no que diz respeito a análise do quantitativo de processos distribuídos no Tribunal Regional da Primeira Região, situado no Estado do Rio de Janeiro, no Brasil, para compreender que o contingente de demandas processuais que envolvem sindicatos em um dos polos da relação jurídica, comportaria um tratamento pela mediação de conflitos, buscando a satisfatividade dos conflitos em oposição de interesses.

1. A representatividade dos sindicatos

De início, surge uma necessidade visceral de estabelecer um conceito fechado para o ente sindical para se estudar a sua representatividade e seu papel social. Todavia, em busca de um conceito hermético ou advindo da interpretação da lei não se encontra uma definição para quem é o sindicato. Sergio Pinto Martins (2016, p. 1053) atribui ao sindicato a definição de ser associação de pessoas físicas ou jurídicas que têm atividades econômicas ou profissionais, visando à defesa dos interesses coletivos e individuais de seus membros ou da categoria.

Importante é a referência feita por Carlos Henrique Bezerra Leite (2016, p. 661) a Laski expondo que sindicato é um elemento necessário ao processo, em desenvolvimento, da vida democrática. Eis que se funda a busca desta pesquisa em compreender em quão envolvido é o sindicato no processo de concretização da cidadania do trabalhador se este, ao ser confrontado com o poder econômico do empregador, tem apenas a força da greve. Não diminuindo, por óbvio, a importância do movimento, por herança do sindicalismo inglês (HOBBSAWM, 2012, p. 262).

O legislador constituinte alçou o trabalho a condição de garantia fundamental, na Constituição brasileira de 1988, nestas linhas gerais, o legislador constituinte concretizou o que a Declaração Universal dos Direitos Humanos já dispunha desde 1948, com o reconhecimento de que através do fruto do trabalho o homem possa ter uma existência compatível com a dignidade humana (SARLET, 2015, p. 617), pois há uma conexão do direito ao trabalho com o mínimo existencial assegurado pelos demais direitos anotados não só no artigo 6º da Carta, mas também do sistema normativo infraconstitucional.

Importante é restabelecer a noção de que o sindicato porta a titularidade do exercício da defesa dos direitos fundamentais coletivos através da liberdade sindical (MATOS, 2015, p. 43), o que possibilita sua atuação no âmbito individual e coletivo. Sendo importante também localizar que a legitimidade do sindicato está contida na redação do artigo 8º com o ensejo de assegurar a efetividade destes direitos inerentes ao trabalhador, seja por uma condição mínima existencial, seja para compor os direitos, liberdades e garantias a um trabalho em condições dignas.

Sendo o sindicato um dos agentes da sociedade civil que podem traçar adoção de políticas públicas para normas mais efetivas em sintonia com os anseios da sociedade, este agir pode construir uma participação representativa e democrática, para a melhoria da qualidade de vida do trabalhador (MOI, FERREIRA e TEOTONIO, 2005, p. 127).

Desta forma, é possível concluir que o sindicato desfruta desta legitimidade de agir em nome da categoria profissional, não só por estar contida expressamente na Constituição da República, mas também por reconhecer-lhe a aceitação e o reconhecimento da autoridade do sindicato para tratar de assuntos pertinentes a categoria profissional (DINIZ, 2006, p. 517).

É importante neste momento, abrir um espaço para considerar que a atuação dos sindicatos na defesa dos interesses das categorias profissionais não foi condicionada pela Constituição da República, esta interpretação já tinha sido atribuída pela Súmula 310 do Superior Tribunal do Trabalho, porém só tornou burocratizado o trabalho desempenhado pelos sindicatos.

A legitimidade constitucional da entidade sindical foi responsável pelas transformações ocorridas nas relações de trabalho, principalmente, não só pela iniciativa de promover ações coletivas para garantia de tais direitos, como também em garantir a defesa do interesse social.

Em contrapartida, atualmente, há consenso quanto ao reconhecimento da legitimidade dos sindicatos, principalmente no que se refere às questões afetas à categoria ou ao meio ambiente do trabalho (MANCUSO, 2002, p. 150).

O ponto mais conflituoso no tocante à legitimidade do sindicato diz respeito à possibilidade de atuar na defesa de interesses coletivos e individuais que não sejam imanentes à competência da Justiça do Trabalho.

Este ingresso em juízo para solucionar conflitos de alcance social, que não estão na senda das condições não salariais das categorias profissionais não foi obstacularizado pela Constituição da República, uma vez que não há suporte legal para sustentar que a atuação do sindicato está adstrita aos limites da Justiça do Trabalho, esta posição é comungada por José Carlos Barbosa Moreira (1991, p. 191), que salienta a necessidade de haver “*pertinência do interesse à categoria, ou ao filiado enquanto membro da categoria*”.

Esta posição é estruturada no fato de que a Constituição da República, ao assumir o estabelecimento das condições das relações de trabalho, visou proteger o trabalhador uma gama de direitos, que tratam desde a proteção salarial até questões de estruturas sociais. Neste ponto, José Afonso da Silva (2008, p. 293), ao analisar os fundamentos constitucionais dos direitos sociais, emanou entendimento de que, no que se refere às condições de trabalho, a Constituição não é o lugar para se estabelecerem tais direitos, se ela o faz deve assegurar a defesa destes direitos. Neste aspecto, ao promover o alargamento dos direitos

relativos ao trabalhador, não seria justificável imputar a restrição da atuação do sindicato ao âmbito da Justiça do Trabalho.

É importante salientar que a organização sindical no Brasil é feita por categoria profissional, conforme prescreve o artigo 511 da Consolidação das Leis Trabalhistas e, por tal razão, não poderia atuar o sindicato senão em benefício de grupo específico. Se for considerar que a profissão é um grupo social natural, a conclusão a que se chega é que todos os interesses profissionais aglutinam pessoas na mesma situação e, por tal razão, o sindicato está agindo, no intuito de solucionar o conflito coletivo que ocorre na vida deste grupo social, a fim de buscar o equilíbrio afetado seja no aspecto político, econômico ou social, uma vez que o interesse coletivo dos trabalhadores pode ser afetado tanto pela automação que restringe o mercado de trabalho, como pelo aumento no volume de vendas, que repercute na extensão do horário de trabalho, mas também no cumprimento das exigências do Poder Público no que se referente ao trabalho do menor em idade de convocação para o serviço militar e da gestante empregada.

2. Mediação na pauta do dia: empoderamento e corresponsabilização na gestão dos conflitos

Ao partir da necessidade de mudança de paradigmas no tocante ao tratamento dispensado ao conflito, é possível, utilizando a definição apresentada por Roberto Portugal Bacellar (2003, p. 174), que mediação consiste em uma técnica lato senso que tem como assento a aproximação das pessoas interessadas no tratamento⁴ de um conflito, induzindo-as a encontrar, por meio do estabelecimento de um diálogo, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas. Em mesmo sentido, Vasconcelos (2012, p. 42) descreve mediação como “um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, em ambiente seguro e ambiência de serenidade, com a colaboração de um terceiro [...], expõem o problema,

⁴ Conquanto o autor empregue o termo “resolução”, pelas razões aduzidas em nota anterior, será mantida a expressão “tratamento”, ao abordar os conflitos.

são escutadas e questionadas”, estabelecendo um diálogo construtivo e identificando interesses em comuns, opções e, de maneira eventual, estabelecer um consenso. Garcia e Verdan apontam que:

A mediação é um meio alternativo simples, essencialmente extrajudicial de resolução de conflitos e efetivo no acesso a justiça. Ocorre quando as partes elegem um terceiro (mediador) alheio aos fatos para conduzi-las à solução do conflito por meio de um acordo sem que haja uma interferência real do mesmo. O objetivo da mediação é responsabilizar os protagonistas, fazendo com que eles mesmos restaurem a comunicação e sejam capazes de elaborar acordos duráveis. A mediação não é instituto jurídico, mas sim, uma técnica alternativa na solução de conflitos que propõe mudanças na forma do ser humano enfrentar seus problemas. (GARCIA; VERDAN, 2013, p. 13). (grifei).

Distintamente do sistema adversarial processual que vigora, a mediação busca a estruturação de uma mudança cultural, especialmente no que se refere ao poder dos indivíduos de tomar às decisões que influenciam a realidade em que se encontram inseridos. Conforme Waltrich e Spengler (2013, p. 172) apontam, a mediação, na condição de espécie do gênero justiça consensual, permite uma aceção ecológica de tratamento dos conflitos sociais e jurídicos, na qual o escopo de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada proveniente de uma sanção legal. A mediação possibilita um tratamento igualitário entre os envolvidos, na condição de seres humanos, observando as características de cada indivíduo, não comportando qualquer forma de julgamento, mas sim fomentando uma compreensão recíproca e uma responsabilidade compartilhada.

Desconstrói-se a figura da vítima e do agressor, do autor e do réu, erigindo, em seu lugar, os “mediandos”, em situação de igualdade e, a partir da edificação de diálogos e responsabilização compartilhada, amadurecidos para promover, culturalmente, a mudança de paradigmas no enfrentamento do conflito, de modo que não há uma busca sedenta pelo estabelecimento do culpado, mas sim na construção de um consenso proveniente da vontade dos envolvidos. Assim, opondo-se à dogmática processualista tradicional, que busca a eliminação do conflito por meio

da simples emissão de um pronunciamento do Estado-juiz, a mediação, alçado a método transformador de uma cultura adversarial, objetiva o enaltecimento da dimensão afetivo-conflituosa, tratando as origens, as causas e as consequências advindas do conflito.

A visão da mediação transformadora sobre o conflito percebe-o como uma situação-problema comum ao convívio e que deve servir de oportunidade ao amadurecimento das relações. Contrariamente, o poder jurisdicional percebe no conflito a lide judicial a qual deve ser posta termo, visto que reflete algum distúrbio ou quebra da ordem social. A decisão autoritária põe fim à lide processual, permanecendo ou até mesmo piorando o conflito, pois na maioria dos casos a determinação judicial trabalha de forma binária com a ótica de vencedores e perdedores, não satisfazendo muitas vezes o resultado a nenhuma das partes. (BEZERRA, 2011, p. 219)

Supera-se o ranço tradicional de transferir para o Estado-juiz, de maneira exclusiva, a possibilidade para a resolução dos conflitos, notadamente os inseridos na esfera privada, assegurando, por consequência, o empoderamento dos envolvidos, de modo a desenvolver a cidadania e autonomia para a construção de consensos e promover a cultura de paz. Trata-se, com efeito, de privilegiar a autonomia da vontade das partes, ao invés de recorrer a um terceiro que decida por eles, sendo que o Estado-juiz é o último recurso, quando todas as vias de negociação fracassaram. Com destaque, o provimento jurisdicional prestado pelo Estado-juiz, comumente, está revestido apenas da técnica processual, pautado na legislação fria e em precedentes jurisprudenciais, poucas vezes volvendo um olhar sensível para as peculiaridades e nuances que emolduram a situação concreta levada a Juízo. Por mais uma vez, há que se resgatar que, diante da política de números e estatísticas que passou a inundar o Judiciário, o qual busca incessantemente demonstrar a concreção do acesso à justiça⁵ e a duração razoável do processo, o

⁵ No presente, a locução “acesso à justiça” é empregada de maneira restrita como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, enfatizando as críticas do autor às políticas estabelecidas até o momento, materializando o monopólio do Estado em “tratar” os conflitos. Com efeito, acesso à justiça compreende múltiplas ferramentas, dentre as quais a possibilidade dos indivíduos de tratarem os conflitos em que se encontram

que importa é a finalização de processos, sem que isso, necessariamente, reflita na construção de consensos entre os envolvidos.

A visão transformativa propiciada pela mediação, consoante Foley (2011, p. 247), permite que o conflito seja encarado como uma oportunidade dúplice, na qual, concomitantemente, há o desenvolvimento e exercício da autodeterminação, consistente no empoderamento⁶ dos mediandos, e na confiança mútua, por meio do fomento à reciprocidade entre os envolvidos no conflito. Com destaque, a resposta ideal ao conflito não consiste em buscas desenfreadas e beligerantes de extirpá-lo para promover a resolução do problema; ao contrário, o conflito reclama uma gestão madura, a fim de materializar um processo de transformação dos indivíduos nele envolvidos. Neste passo, a mudança paradigmática de ótica no tratamento do conflito é responsável por alterar o comportamento dos mediandos diante do dissenso, fomentando a responsabilidade compartilhada e solidarizada, de modo a não estabelecer polos antagonistas, mas sim partes complementares.

A mediação, principalmente o enfoque transformador, traça um novo contexto dentro do qual é possível lidar com as diferenças de forma não binária, convocando para estabelecer uma ponte entre um e outro, sem eliminação e sem fusão, entre esses polos de relação. É um convite para se reconhecer o outro e seu co-protagonismo na solução do problema vivenciado por eles. (SOARES, 2010, p. 113).

Warat (2001, p. 80-81) já se posicionou no sentido que a mediação não está cingida a somente o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos, alheia à moldura factual que enquadra o dissenso

inseridos, gozando da faculdade de recorrer ao Estado-juiz apenas quando todas as demais possibilidades restaram frustradas.

⁶ A expressão “empoderamento” é utilizada como um conceito associado à autonomia, desenvolvida em um processo paulatino, amadurecido e consciente de transformação pessoal por meio do qual os indivíduos passam a controlar suas vidas. Com efeito, a expressão “empoderamento” passa a emprestar substância a uma ideologia segundo a qual é possível assegurar que cada indivíduo exerça sua autonomia e autodeterminação de maneira plena, consciente e madura, notadamente no tocante ao tratamento dos conflitos e dissensos gerados do convívio em sociedade, a fim de assegurar a responsabilização compartilhada, em detrimento da cultura tradicional que busca identificar culpados e transferir responsabilidades.

entre os envolvidos. De igual maneira, a mediação, na condição de método extrajudicial de tratamento de conflitos, não busca como única finalidade a obtenção de um acordo que, corriqueiramente, não reflete substancialmente a vontade das partes nem permite a responsabilização solidária dos envolvidos.

Ao reverso, o fito maior é ajudar os interessados a redimensionar o conflito, compreendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que foram responsáveis por causar a colisão entre as atitudes e os interesses no relacionamento de pessoas envolvidas. A perspectiva valorada não está assentada no ideário puramente acordista, que concebe o acordo como o fim último do processo, o qual transmite o ideário mascarado de tratamento do conflito, colocando fim em mais um número que tramita nos sistemas de gerenciamento de dados dos Tribunais de Justiça. Ao reverso, a ótica privilegiada está calcada na construção paulatina e imprescindível do consenso, no qual o mediador atua na construção de uma relação alicerçada no diálogo, possibilitando o entendimento de sentidos, a partir da determinação da autonomia e empoderamento dos indivíduos.

Como bem assinala Silva (2004, p. 15), “a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer”, sensível às complexas e intrincadas realidades apresentadas por cada indivíduo e que contribuíram para a abordagem do conflito. Deve-se destacar, com ênfase, que “a finalidade de todo o processo é a obtenção de um acordo satisfatório para as partes e o desenrolar do mesmo é feito com base na consensualidade” (RIOS, 2005, p. 11), eis que tão somente assim são alcançadas as soluções que satisfazem os interesses de ambos os envolvidos. Na mediação, os indivíduos não atuam como adversários, porém como corresponsáveis pela solução do conflito, contando com a colaboração do mediador, o terceiro – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito. Acerca do tema, esclarecem Morais e Spengler:

Através deste instituto, busca-se selecionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado. Esse terceiro denomina-se mediador e exerce

uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas. Com auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e as fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional, na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos nas funções jurisdicionais. (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 134).

É necessário colocar em destaque, também, que a mediação, na condição de método de tratamento extrajudicial de conflitos, combate a escalada de desentendimentos decorrentes do moroso e litigioso procedimento adotado no cenário jurídico vigente, não permitindo que as partes alcancem o conflito extremo, permitido pelo sistema adversarial. “A ideologia ganhador-perdedor vigente no sistema tradicional judiciário é substituída por uma nova abordagem baseada na cooperação entre as partes envolvidas e não na competição” (SANTA CATARINA, 2004, p. 04). Deste modo, a mediação apresenta-se como forma inovadora, no território nacional, de abordagem jurídica e também como alternativa ao sistema tradicional judiciário adotado para tratar os conflitos, nos quais se valoram a cooperação e a disponibilidade em promover a solução, destacando-se, via de consequência, como elementos imprescindíveis para a construção de um consenso entre os mediandos.

É plenamente perceptível que a mediação exige terreno próprio para atuação, em decorrência dos aspectos a que se propõe, notadamente a mudança cultural no tocante ao enfrentamento do conflito, já que suas bases se pautam na busca de um consenso qualitativo que só pode ser alcançado com o tempo e com a mudança cultural das partes que preferencialmente esperam ouvir, atender uma ordem do Estado a tomar uma decisão por si. Sobre tal assunto, Dierle José Coelho Nunes (2011, p. 174) afirma “que existem situações em que os acordos são impostos, mesmo quando sejam inexecutáveis para permitir a pronta “resolução do caso”, com a adequação à lógica neoliberal de produtividade”, e isso, por óbvio, não é o que se espera da mediação de conflitos. Neste passo, a mediação propõe a responsabilização dos envolvidos

para tratarem o conflito, de maneira que consenso seja resultante da conjunção de esforços e reflita as vontades dos mediandos, não se traduzindo, via de consequência, em um pronunciamento emanando por um terceiro (Estado-juiz), alheio às nuances e particularidades que emolduram o dissenso.

3. A implementação da mediação pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho

É importante esclarecer que seja para os casos simples, seja para os casos complexos, é necessário que haja entre as partes integrantes das relações sociais interação, conferindo-lhes maior satisfatividade, o que tem sido exigido do Poder Judiciário, missão esta árdua, pois deve se encontrar o campo judiciário apto a dirimir os conflitos que são revertidos em inovações, exigindo a manutenção do equilíbrio entre os grupos. Nesta esteira, se faz importante analisar a existência de instrumentos processuais que comportem este procedimento de interação mas que demanda traços incisivos de conflituosidade, por meio de interação mais intensa, porém não aquela imposição da decisão judicial sobre o conflito e que, em algumas hipóteses, vão agridir ainda mais o dissenso.

Aurélio Wander Bastos (2001, p. 121) já assinalava a importância de identificar as causas de insucesso das demandas no Poder Judiciário, dividindo-as em duas modalidades de conflitos. Este ponto pode ser adaptado ante as novas exigências, por ser um aspecto estrutural, exigindo que se apresente qualitativamente as demandas que exigem um potencial de decisão do Judiciário, cujos vínculos são complexos e contínuos, sofrendo reflexos na dificuldade de adaptação aos novos padrões sociais.

É necessário demonstrar que o conflito poderá ser envolto em formas de profundidade, que poderá ser entendida a partir das partes integrantes nesta relação social e o grau de transformação na relação existente. Apontar que o conflito possa ter uma profundidade acentuada significa sinalizar que o conflito sugere a alteração do vínculo existente entre as partes. Noutro pólo, é de pequena profundidade quando não

afeta a estrutura de relação entre os conflitantes. Num terceiro ponto, há grande conflituosidade, quando se pretende a eliminação do vínculo estrutural entre as partes (BASTOS, 2001, p. 123-124).

A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça instituiu a chamada “Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos”, determinando que todos os órgãos do Judiciário passariam a oferecer mecanismos de resolução de conflitos “paralelos”, segundo FILPO (2016, p. 45), que denomina, em via diametralmente oposta, a via judicial de “convencional”, com o intuito de garantir às demandas a possibilidade de um tratamento diferenciado, de acordo com sua natureza e complexidade.

É necessário apontar o estado da Justiça do Trabalho, em especial o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, estabelecido no Estado do Rio de Janeiro, criado ainda sob o nome de Conselho Regional do Trabalho, em 1941. Em sua composição há dez turmas, duas Seções Especializadas em Dissídios Individuais e uma em dissídios coletivos, contendo 133 varas (Anuário de Justiça, 2010, p. 153). No que diz respeito ao acervo processual, esta estrutura recebeu no ano de 2009 o quantitativo de 213.521 novos processos, onde foram 204.696 processos sentenciados. Este quantitativo não indica que houve a entrega do bem da vida pretendido, mas sim feita à acomodação do conflito.

Algumas transformações implicam na estrutura da Justiça do Trabalho que tem, desde 2013, a implantação do processo judicial eletrônico, com a finalidade de modificar a tramitação dos processos, buscando acelerar a entrega da prestação jurisdicional. Esta modalidade de tramitação processual, que utiliza o meio virtual, indica que ainda há instabilidade, seja pelo quantitativo de advogados cadastrados, no ano de 2015, contabilizados trinta mil patronos, seja pela quantidade de acessos simultâneos ao sistema, estimados em três mil acessos por minuto (Anuário de Justiça, 2015, p. 206). Oportuno indicar que a movimentação processual no ano de 2013 foi de 253.660 processos distribuídos para 221.571 julgados, havendo pendência de 164.369 feitos. Número que foi ampliado no ano de 2014 para 176.524 processos.

Diante do congestionamento apresentado pelas estatísticas divulgadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, bem como aqueles advindos dos demais tribunais brasileiros, o Conselho Superior

da Justiça do Trabalho, em busca de conferir efetividade a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça instituiu em seu planejamento estratégico posturas destinadas a tornar o resultado eficaz e célere, cumprindo com a previsão constitucional de duração razoável do processo.

Outra importante contribuição foi a publicação do Ato n. 168/TST-GP, de 4 de abril de 2016, que dispõe sobre os pedidos de mediação e conciliação pré-processual de conflitos coletivos no âmbito do Tribunal Superior do trabalho, onde busca a solução conciliatória com respaldo no artigo 764 da Consolidação das Leis trabalhistas, ao incentivar os métodos alternativos.

O referido ato do Tribunal Superior do Trabalho instituiu o procedimento de mediação e conciliação pré-processual em dissídios coletivos que deverão ser processados no âmbito da Vice Presidência para submeter aqueles de natureza econômica, jurídica ou de greve, que deverão ser requeridos por iniciativa de quaisquer interessados, onde a participação do ente sindical será de grande importância na pacificação do conflito.

Outro instrumento de grande valia para o desenvolvimento da cultura conciliatória dentro da Justiça do Trabalho foi a implantação pela Resolução CSJT n. 174, de 30 de setembro de 2016, cujo objetivo é o incentivo pela generalidade dos operadores do Direito para o desafogamento dos órgãos judiciários. A criação desta política pública de tratamento adequado das questões jurídicas e dos conflitos de interesses vem de encontro com as estatísticas que revelaram que tanto a mediação quanto a conciliação são instrumentos efetivos de auxílio de acesso à ordem jurídica justa.

O foco central desta resolução é a organização e uniformização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de disputas no âmbito da Justiça do Trabalho, que serão instituídos pelos Tribunais Regionais do Trabalho, pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT, bem como o Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJSC-JT, disseminando a cultura da pacificação social. Este alcance se dará através da adequada formação e treinamento de servidores e magistrados que exercerão a conciliação e mediação, sendo

esta formação e treinamento instituídos através de parcerias com entidades públicas e privadas. Em continuidade ao desenvolvimento deste trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho fará o acompanhamento estatístico específico.

Este núcleo será criado por cada Tribunal Regional do Trabalho no prazo de cento e oitenta dias, contados a partir da data de publicação do ato, que será composto por magistrados e servidores ativos. Os Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas, que são vinculados ao Núcleo Permanente, serão responsáveis pela realização das sessões e audiências de processos em qualquer fase, inclusive daqueles pendentes de julgamento na segunda instância. Estas sessões serão conduzidas com a presença física de um magistrado que poderá atuar como conciliador e mediador ou supervisionar a atividade dos conciliadores e mediadores. Tanto servidores inativos quanto magistrados togados poderão, após cadastramento e capacitação em cursos específicos de conciliação e mediação, atuar, uma vez que é vedada a realização por pessoas que não pertençam aos quadros da ativa ou de inativos do Tribunal.

4. Considerações finais

Não é precisa a informação quanto ao surgimento do sindicato, para alguns historiadores, surge no Egito; para outros, nos colégios romanos. É fato que com o aparecimento das fábricas durante a Revolução Industrial, as agremiações de operários começaram a ser formadas com o objetivo de coibir abusos e autoritarismo, pela perda de qualidade de vida e situações extenuantes de trabalho as quais os operários eram submetidos.

Desta forma, é possível afirmar que o papel do sindicato é dedicado a defesa de melhores condições de categorias profissionais, o que é carregado de apelo emocional sem que haja, em raras exceções, uma batalha pela conquista da representatividade de seus sindicalizados e em raros casos, ter um aceitação massificada de seus afiliados que atuam nas negociações e entendimentos entre trabalhadores e empresários.

A legitimidade do sindicato para atuar como substituto processual na defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria ganhou contornos constitucionais por força do artigo 8º, inciso III da Constituição Federal, como também na regra contida no artigo 872, parágrafo único, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que restringe a atuação do sindicato ao âmbito dos interesses apenas de seus associados, assim como a Súmula 310 do Tribunal Superior do Trabalho, hoje, cancelada.

A mediação, como técnica para a solução de dissídios, deve ser acolhida não só nas hipóteses de negociação coletiva ou quando diante da averiguação da legalidade ou abusividade do movimento de greve. Sendo a mediação de conflitos um canal para a transformação social e alcance do novo caminho de busca do consenso, com a restauração do diálogo. A busca de tornar efetiva a inserção de métodos alternativos, em especial a mediação na Justiça do Trabalho, percorre não só a sua aceitação revestida de um viés cultural, como também atuar para a pacificação social sem que a mediação seja reproduzida em séries, ao contrário do que se sucede com as conciliações

No Brasil, não há legislação para a aplicação da mediação nas relações do trabalho, como delineado na Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, todavia, o ato normativo do Tribunal Superior do Trabalho foi instituído para regulamentar a realização da mediação, como técnica para a solução de dissídios coletivos econômicos, jurídicos e de greve, visam ampliar e agilizar a resolução da disputa, tornando eficaz a celeridade processual almejada em conflitos de alta complexidade.

O Ato n. 168 do Tribunal Superior do Trabalho indica que a mediação deve ser aplicada com o fim de evitar o ajuizamento de dissídios e obter resultados proporcionais a mais ampla pacificação social, uma vez que ali estão envolvidas as associações sindicais profissionais e econômicas minimizando os efeitos de dissídios coletivos de trabalho. Nesta opção, o procedimento de mediação ficará a cargo da Vice-Presidência de cada um dos tribunais para os pedidos de mediação e conciliação pré-processual onde se desenvolverão as sessões.

Em que pese todos os esforços já feitos, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, sob inspiração da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, procurou atribuir eficiência operacional de acesso à

justiça e atendendo ao Planejamento Estratégico, trazendo a criação de Núcleos e Centros de Mediação para aprimorar as técnicas já adotadas, uma vez que o objeto sociológico é o indivíduo em seu campo socio-cultural e deve primar por este respeito, sempre buscando a proteção dos interesses trabalhistas, mas também prestando o serviço público de prestação jurisdicional de boa qualidade, para cumprir a promessa constitucional.

Considerando que a implementação desta estrutura é uma política judiciária recente os dados pertinentes ao progresso só poderão ser mensurados após a sua solidificação, visto que como incentivo à manutenção e à pesquisa os dados estatísticos, que ainda não estão publicados, sendo todos os esforços produzidos para superarem a taxa de congestionamento da justiça do trabalho através da efetiva e regular participação das entidades sindicais.

REFERÊNCIAS

- ANUÁRIO de Justiça. Demanda pressiona a porta de entrada do Judiciário. **Revista Consultor Jurídico**, n. 6, jan. 2010. Rio de Janeiro: Editora CONJUR. 2010.
- ANUÁRIO de Justiça. **Revista Consultor Jurídico**, n. 11, jan. 2015. Rio de Janeiro: Editora CONJUR. 2015.
- BEZERRA, Tício. A Mediação enquanto instrumento de Emancipação da Cidadania e de Democratização da Justiça e do Direito. **Revista Direito & Sensibilidade**, 2011, p. 211-226. Disponível em: <<http://seer.bce.unb.br/index.php/enedex/issue/current>>. Acesso 01 nov. 2016.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BASTOS, Aurélio Wander. **Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário**. 2 ed, atual. e rev. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001.
- BRASIL. **Conselho Superior da Justiça do Trabalho: Resolução CSJT n. 174**. Disponível em: <<http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95527>>. Acesso em 01 nov. 2016.
- _____. **Tribunal Superior do Trabalho: Ato n. 168/TST-GP**. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/20877>>. Acesso em 01 nov. 2016.

- DINIZ, Antonio Carlos. *Legitimidade*. In BARRETTO, Vicente de Paulo (Coordenador). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 514-517.
- FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação Judicial: Discursos e práticas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Mauad: FAPERJ, 2016.
- FOLEY, Gláucia Falsarella. A Justiça Comunitária para Emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César (org.). **Justiça Restaurativa e Mediação: Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos Sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.
- GARCIA, Cláudia Moreira Hehr; VERDAN, Tauã Lima. A Mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Críticas à Efetivação do Instituto de Composição de Litígios, a partir de uma análise construtiva das tradições *Civil Law* e *Common Law*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; *et all.* (org.). **Mediação Judicial e Garantias Constitucionais**. Niterói: Editora do PPGSD, 2013.
- HOBBSAWM, Eric J. **Os trabalhadores: estudo sobre a história do operariado**. MEDEIROS, Marina Leão Teixeira Viriato de (trad.). 4 reimpr. São Paulo: Paz e Terra, 2012.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leire. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: Saraiva.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. Lei 7.347/85 e legislação complementar**. 8 ed, rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2016.
- MATOS, Leonardo Tabela. **Vida e morte do sindicato no Brasil**. Juiz de Fora: Editar. 2015.
- MOI, Fernanda de Paula Ferreira. FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz. TEOTÔNIO, Paulo José Freire. Modalidades de participação cidadã no horizonte de formação do direito positivo. In: FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz et alli. **Hermenêutica, cidadania e direito**. Campinas: Millenium Editora, 2005.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à jurisdição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

- NUNES, Dierle José Coelho Nunes. **Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2011.
- RIOs, Paula Lucas. **Mediação Familiar: Estudo Preliminar para uma Regulamentação Legal da Mediação Familiar em Portugal**. **Verbo Jurídico**, v. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com>>. Acesso em 01 nov. 2016.
- SANTA CATARINA (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Mediação Familiar: Formação de Base**. Florianópolis: 2004, 98p. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 01 nov. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SILVA, João Roberto da. **A Mediação e o Processo de Mediação**. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de Conflitos Ambientais: Um novo caminho pra a Governança da Água no Brasil?**. Curitiba: Editora Juruá, 2010.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.
- WALTRICH, Dheimy Quelem; SPENGLER, Fabiana Marion. Reflexões acerca da Mediação Comunitária como Estratégia Prática de Cidadania Participativa. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, a. 17, n. 25, 2013, p. 161-181. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/546>>. Acesso em 01 nov. 2016.
- WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: lucianemara@uol.com.br; taua_verdan2@hotmail.com

O Regionalismo no Comércio Internacional¹

Regionalism in World Trade

LUCILA VILHENA²

Resumo: O presente artigo busca analisar o aparente conflito entre o multilateralismo pregado pela OMC e pelo GATT, e os blocos regionais formados através de acordos comerciais que visam uma integração mais profunda entre os principais atores do comércio internacional na atualidade. Estaria o futuro das relações econômicas através de uma maior liberalização do comércio de maneira multilateral, ameaçado? Ou do contrário, essa atual tendência regionalista estimula as negociações no âmbito da OMC, fazendo seus membros avançarem mais rápido rumo à tão esperada integração? Estas são algumas questões as quais procuramos responder neste estudo.

Palavras Chave: *Regionalismo; Multilateralismo; Comércio Internacional; Integração Econômica.*

Abstract: This paper seeks to analyze the apparent conflict between the multilateralism preached by GATT/WTO, and those regional trade blocs made through commercial agreements aimed a deeper integration among the main actors of global trade today. Is the future of economic relations through trade liberalization multilaterally, threatened? Or otherwise, that current regionalist tendency stimulates negotiations in WTO, making its members advance faster towards the long-awaited integration? These are some questions which we seek to answer in this study.

Key Words: *Regionalism; Multilateralism; Global Trade; Economic Integration.*

¹ Entregue: 5.1.2017; aprovado: 13.3.2017.

² Professora da Universidade Estadual da Paraíba. Aluna/Bolseira do Doutorado em Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias da FDUL. Universidade Estadual da Paraíba – Centro de Ciências Jurídicas, Rua Salvino de Figueiredo, Centro, Cep: 58.100-650, Campina Grande/PB, Brasil.

Introdução

A liberalização do comércio é sempre mais vantajosa para a sociedade, ainda que esta ocorra em menor escala. Neste aspecto, os regionalismos sempre tiveram que conviver com o multilateralismo, e essa aparente dicotomia leva à uma antiga discussão, qual seja, as reais vantagens de cada sistema e os reais motivos para se desejar uma integração econômica mais profunda.

É nesta seara que assistimos nos dias atuais, sobretudo com a lenta negociação da ronda de Doha no âmbito da Organização Mundial do Comércio, uma forte tendência a um regionalismo, que vai mais além da retirada de barreiras ao comércio entre as partes envolvidas, e chega a outros interesses, nomeadamente políticos, por parte daqueles que procuram em parceiros que comungam destes mesmos interesses, um atalho para uma integração mais profunda, e um avanço mais rápido nos estágios dessa integração.

O modelo atual dos acordos comerciais preferenciais e a tendência da integração econômica mais profunda, nos levam a crer que o objetivo desses acordos vai além de uma simples retirada de barreiras ao comércio e aproximação de mercados. Sobretudo após a segunda guerra mundial, esses acordos passaram a ser verdadeiros *rule makers*, alargando de forma mais rápida e profunda o escopo das obrigações internacionais em matéria comercial. Hoje em dia, de maneira mais evidente, assistimos às grandes economias do cenário mundial recorrerem cada vez mais ao regionalismo, com vistas à uma integração mais rápida e mais profunda, assumindo a linha de frente no que toca à consolidação de regras que irão conduzir as trocas comerciais no futuro. É a geometria variável no comércio internacional.

Historicamente, podemos perceber que a concessão de preferências comerciais resumia-se a um caráter regional, sobretudo entre as antigas colônias. Foi apenas com o GATT de 1947 que – embora muito modesto com a participação de apenas 23 membros – a ideia de um acordo comercial plurilateral que abrisse o comércio internacional, influenciou as novas relações econômicas para a celebração de acordos comerciais preferenciais, com o objetivo de conceder preferências mútuas para uma maior liberalização do mercado.

Contudo, como restará claro ao longo do trabalho, o termo “regional” utilizado pela OMC para tratar desses acordos, não faz qualquer sentido na atualidade, visto que as preferências concedidas vão muito além do caráter regional, abrangendo parceiros comerciais cada vez mais distantes geograficamente.

1. Os Acordos Comerciais Preferenciais

Antes de mais, é preciso esclarecer que estes acordos são tratados como “acordos comerciais regionais” pela OMC. Acontece que este termo não faz mais sentido em ser utilizado, como bem lembra Pedro Infante Mota³, basta olhar para os principais acordos comerciais preferenciais da atualidade, que são celebrados cada vez mais entre países geograficamente distantes. Portanto, o termo “regionais” parece perder qualquer sentido.

O tema dos acordos comerciais preferenciais não é grande novidade, remonta a tempo antigos, porém foi apenas após o início de 1990 que eles se tornaram uma ferramenta proeminente para a cooperação e integração econômica. Andreas Dür e Manfred Elsig⁴ atribuem a redescoberta destes acordos a dois fatores: ao aprofundamento da integração europeia, como resultado do mercado único; e à assinatura do acordo NAFTA, em 1992.

Na Europa, o fim da Guerra Fria e a dissolução da União Soviética, criaram uma demanda por acordos comerciais sob essa forma de associação, para gerir as relações econômicas com antigos membros do Pacto de Varsóvia. Já nas Américas, os países começaram a assinar acordos comerciais preferenciais na esteira da criação do NAFTA, e a partir daí, o que se seguiu foi desenvolvimento em escala de acordos

³ MOTA, Pedro Infante. Os Acordos Comerciais Preferenciais e o Sistema Comercial Multilateral. In: *Boletim de Ciências Econômicas*. Volume LVII, Tomo II. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra : Coimbra, 2014, pág 2420.

⁴ ELSIG, Manfred; DÜR Andreas. Introductions: The Purpose, Design and Effects os Preferential Trade Agreements. In: *Trade Cooperation. The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*. Editado por Andreas Dür e Manfred Elsig. Cambridge, Cambridge University Press, 2015. Pág. 4.

em efeito dominó conhecidos na década de 1990 como o “novo regionalismo”⁵.

Na Ásia, por sua vez, apesar dos países deste continente nesta altura, dificilmente participarem desta nova onda de acordos comerciais preferenciais, esta situação mudou radicalmente por volta do ano de 2000 e atualmente, a maioria dos acordos comerciais preferenciais em negociação, envolve os países asiáticos⁶.

Cerca de 26 das 39 novas notificações de acordos comerciais preferenciais feitas à OMC até novembro de 2013, representavam acordos que iam além de um continente, e isto inclui ademais dos gigantes TTIP e TPP, também blocos econômicos com menor impacto internacional em termos de volume, tais como Canadá-Ucrânia, por exemplo. Isso comprova que o termo “regionalismo” não é, portanto, um rótulo adequado para ilustrar este desenvolvimento⁷.

Os autores Andreas Dür e Manfred Elsig⁸ ainda lembram de outros termos usados para ilustrar estes acordos em estudo, além dos já mencionados, quais sejam: acordos de comércio livre e acordos de integração econômica.

Para a OMC portanto, os acordos comerciais preferenciais (ou *regional trade agreements*) são os acordos comerciais recíprocos celebrados entre duas ou mais partes contratantes visando vantagens comerciais mútuas, e são uma das principais exceções ao princípio da não discriminação, e de maneira mais específica, à cláusula da nação mais favorecida do art. I, número 1, do GATT. Tais vantagens comerciais portanto, visam a concessão de preferências com o objetivo de liberalização do comércio dentro de um determinado bloco econômico, sem que com isso, os participantes do mesmo, sejam obrigados a estender as vantagens aos demais membros da OMC.

⁵ PANAGARIYA, Arvind; MELO, Jaime de. Introduction. *New Dimensions in Regional Integration*. Nova Iorque : Centre for Economic Policy Research, 1993. Páginas 3 à 21.

⁶ ELSIG, Manfred; DÜR Andreas. Introductions: The Purpose, Design and Effects os Preferential Trade Agreements. In: *Trade Cooperation. The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*. Editado por Andreas Dür e Manfred Elsig. Cambridge, Cambridge University Press, 2015. Pág. 4.

⁷ Idem, pág. 6.

⁸ Idem, pág. 1.

Também para os autores Andreas Dür e Manfred Elsig⁹, os acordos comerciais preferenciais estão a multiplicar-se ao redor do globo, e podem ser definidos como acordos que liberalizam o comércio entre dois ou mais países, porém que não estendem esta liberalização para todos os demais que não façam parte do bloco econômico. Ainda para os autores, estes acordos são o mais proeminente instrumento de governança no que toca à regulação dos fluxos comerciais e de investimento, pois eles se tornaram a principal ferramenta para alcançar a abertura do mercado já que, na opinião dos autores, as negociações multilaterais no âmbito da Organização Mundial do Comércio, têm produzido resultados apenas modestos para as duas últimas décadas.

Os acordos comerciais preferenciais tiveram um acréscimo significativo a partir da década de 1990. Em termos de volume das trocas comerciais presentes nestes tipos de acordo, segundo as estatísticas da OMC, foram recebidas 423 notificações pelo GATT, o que compreende 267 “acordos comerciais preferenciais físicos” e estão atualmente em vigor, sendo a União Europeia, o NAFTA e da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), os maiores. Juntos, os três acordos comerciais representam 55 por cento das exportações mundiais de mercadorias (US \$ 8,8 trilhões) e 58 por cento das importações (US \$ 9,6 trilhão)¹⁰.

2. O Regionalismo x Multilateralismo

Ao contrário do que se poderia prever na época, o advento do GATT de 1947 não excluiu a vontade de os países buscarem nos acordos bilaterais ou regionais, parcerias comerciais com vistas a liberalização do comércio, e isto é historicamente comprovado pelo menos nos últimos 60 anos, quando o crescente fenômeno de integração econômica acabou por fulminar na atual proliferação de acordos comerciais preferências que assistimos. Para a OMC, tal fato ocorre devido a vontade de alguns grupos de países irem mais longe e caminharem mais rápido do que a

⁹ Idem.

¹⁰ World Trade Statistical Review, 2016, p. 46.

que o multilateralismo do GATT permite, e assim, concretizarem uma integração econômica mais profunda¹¹.

Por outro lado, ao contrário do que possa parecer, essa proliferação dos acordos bilaterais ou regionais, não atrapalhou o avanço do multilateralismo proposto pelo GATT, basta observarmos que na seara de cada onda de regionalismo, grandes avanços no sistema GATT/OMC são alcançados, inspirados ou até mesmo motivados por elas. Um grande exemplo dessa afirmação pode ser a Ronda do Uruguai, que com o início em 1986 após algumas tentativas frustradas, vem abranger pela primeira vez no sistema do GATT assuntos como serviços, propriedade intelectual e investimentos, com clara influência de acordos regionais como o NAFTA, por exemplo. A Ronda do Uruguai obteve grande êxito, tendo sido concluída em 1994 e coroada com a criação da Organização Mundial do Comércio, afastando a ideia de que o regionalismo ofuscaria o multilateralismo¹².

Como mencionado, nos últimos 60 anos testemunhamos 3 grandes ondas ou vagas de integração. A primeira delas se deu em 1958 com o surgimento da Comunidade Econômica Europeia, que segue sendo o exemplo mais bem sucedido de integração¹³. Como bem demonstrou o grupo de trabalho que cuidou da análise do Tratado de Roma que institui a CEE, e sua adequação ao art. XXIV do GATT, a então CEE foi naquela altura, de uma dimensão inimaginável até para os idealizadores da Carta de Havana¹⁴.

A segunda vaga de integração por conseguinte, se deu nas décadas de 80 e 90 do século passado com a abertura dos Estados Unidos ao regionalismo, nomeadamente com as zonas de comércio livre com Israel em 1985, e com o Canadá inicialmente em 1988, mas que logo incluiu o México, no início dos anos 90, dando assim origem ao

¹¹ OMC. *World Trade Report 2011 – The WTO and Preferential Trade Agreements: From co-Existence to Coherence*, Genebra : Editora WTO, 2011, PÁG.51.

¹² Idem.

¹³ OMC. *World Trade Report 2011 – The WTO and Preferential Trade Agreements: From co-Existence to Coherence*, Genebra : Editora WTO, 2011, pág. 52.

¹⁴ L'examen par le G.A.T.T, du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne. In: *Annuaire français de droit international*, volume 4, 1958. pp. 621-644.

bem-sucedido NAFTA (*North American Free Trade Agreement*); e também com a participação americana no lançamento da Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC), vulgarmente conhecida como *Anel do Pacífico*.

Para Gerard Curzon, citado por Pedro Infante Mota¹⁵, até aquela altura o GATT para os norte-americanos era o art. I, número 1, e para os europeus, o art. XXIV. Tal mudança de paradigma para os Estados Unidos, que tinha evitado a sua abertura ao regionalismo durante muitos anos, se deu, segundo a Organização Mundial do Comércio¹⁶, em parte devido ao grande sucesso do avanço do projeto de integração na Europa com o advento do mercado único, e em parte pela frustração norte americana com a demora em se avançar para o fim das negociações da ronda do Uruguai.

Finalmente, a terceira vaga de integração, a quem Jean Pierre Chauffour e Jean-Christophe Maur¹⁷ atribuem uma preferência por uma integração mais profunda, fica por conta dos vários acordos comerciais celebrados entre membros da OMC que abarcam assuntos que, embora já tratados pela Organização, merecem ser aprofundados, os chamados OMC *plus* (+); bem como aqueles que obrigam além do já consagrado pela Organização: os OMC extra.

Devido ao grande sucesso do sistema GATT/OMC, na medida em que mais membros aderem à multilateralização, mais membros têm direito aos benefícios inerentes a ela, o que pode levar ao mínimo denominador comum na proteção dos interesses do comércio internacional abarcados nos acordos celebrados. Tal situação pode levar os membros que querem seguir mais adiante, a avançarem em negociações que vão mais além do que já é consagrado pelo sistema.

Há quem defenda que o fenômeno da proliferação dos acordos bilaterais e regionais seja o grande responsável pelo fato de a Ronda

¹⁵ MOTA, Pedro Infante. *O Sistema GATT/OMC: Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*. Almedina : Coimbra, 2005.

¹⁶ OMC. *World Trade Report 2011 – The WTO and Preferential Trade Agreements: From co-Existence to Coherence*, Genebra : Editora WTO, 2011, pág. 53.

¹⁷ CHAUFFOUR, Jean-Pierre, MAUR, Jean-Christophe. *Beyond Market Access. Preferential Trade Agreement Policies for Development- A Handbook*. Whashington D.C. : The World Bank, 2011.

de Doha caminhar a passos lentos, a exemplo de Bhagwati¹⁸. Já outros estudiosos são mais otimistas e mostram que assim como no passado, esta proliferação dos acordos bilaterais e regionais causa um “efeito dominó” e acaba estimulando os membros da OMC a forçar as negociações a caminharem em um ritmo mais acelerado¹⁹. Esta dicotomia será definitivamente resolvida na prática, em breve, ao passo que as negociações da Ronda de Doha se aproximem do fim. O fato é que o regionalismo e o multilateralismo tem convivido nas relações econômicas internacionais, desde do advento do GATT de maneira complementar e coerente, em um sistema de “*multi-speed*”²⁰.

Atualmente, após assistirmos a grande proliferação dos acordos comerciais preferenciais do pós-guerra, o que percebemos, é que o número de novos acordos começa a cair. Uma interpretação apresada desses dados, pode nos levar a crer que o regionalismo está em declínio, porém, a verdade representa o contrário: que estes dados apenas comprovam o grande sucesso desses acordos, e que devemos atribuir este declínio, ao fato de hoje em dia, a maioria dos países já gozarem de preferências comerciais concedidas por, pelo menos, aqueles que são seus principais parceiros no comércio, pois já são membros de mais de um acordo comercial preferencial²¹. E ainda, outro dado que representa a diminuição do número de acordos, é que os acordos bilaterais vem alargando-se, e por isso, sendo substituídos por novos acordos regionais. A título de exemplo, os vários acordos comerciais dos Estados membros da União Europeia com Estados terceiros, são substituídos por um único em nome da União. Outro exemplo bastante atual, são os contratos bilaterais de investimento entre os países que fazem parte da União Europeia e o Canadá, que serão substituídos por um único acordo: o CETA.

¹⁸ BHAGWATI, Jagdish. *Termites in the Trading System: How Preferential Agreements Undermine Free Trade*. Londres : Oxford University Press, 2008.

¹⁹ OMC. *World Trade Report 2011 – The WTO and Preferential Trade Agreements: From co-Existence to Coherence*, Genebra : Editora WTO, 2011, pág. 54.

²⁰ Idem.

²¹ ELSIG, Manfred; DÜR Andreas. Introductions: The Purpose, Design and Effects os Preferential Trade Agreements. In: *Trade Cooperation. The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*. Editado por Andreas Dür e Manfred Elsig. Cambridge, Cambridge University Press, 2015, págs 1 à 22.

3. O Caso *Turkey – Textiles*

No conhecido caso “*Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*”, o Órgão de Recurso da OMC debruçou-se sobre a interpretação do artigo XXIV do GATT feita pelo Painel, em uma Reclamação apresentada pela Índia, sobre a introdução de restrições quantitativas por parte da Turquia à importação de 19 categorias de produtos têxteis e de vestuário originários daquele país. A Turquia adotou tal medida, em respeito à Decisão número 1/95 do Conselho da Associação Comunidade Europeia – Turquia, relativa ao estabelecimento das regras de execução da fase final da união aduaneira entre estes dois membros. Segundo a Decisão, a Turquia deveria adotar uma política comercial substancialmente equivalente à da Comunidade para o setor têxtil, incluindo os acordos ou arranjos relativos ao comércio de produtos têxteis e de vestuário.

Ao analisar a Reclamação, o Painel acabou por concluir que as medidas adotadas pela Turquia eram incompatíveis com os artigos XI e XIII do GATT de 94, e o número 4 do artigo 2º. do Acordo sobre os Têxteis e o Vestuário. Em sede de Apelação, o Órgão de Recurso debruçou-se sobre a interpretação e contexto sobretudo do número 5 do artigo XXIV do GATT, e concluiu que a criação de um bloco econômico regional pode justificar a adoção de medidas que sejam contrárias às regras do GATT, mas somente quando ocorrerem as seguintes situações: se a violação das regras da OMC ocorrerem antes da criação do bloco econômico; se o bloco econômico que se pretende estabelecer for claramente compatível com os números 5 e 8 do art. XXIV do GATT; e se a criação do bloco econômico não for possível sem a introdução da medida que é considerada contrária às regras do GATT²².

²² “The provisions of the GATT 1994 shall not prevent ‘the formation of a customs union’. This wording indicates that Article XXIV can justify the adoption of a measure which is inconsistent with certain other GATT provisions only if measures is introduced upon the formation of a customs union, and only to the extent that the formation of the customs union would be prevented if the introduction of the measure were not allowed”. Relatório do Órgão de Recurso no caso *Turkey – Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products*, 22/10/1999.

Neste sentido, o Órgão de Recurso chegou a conclusão de que as medidas adotadas pela Turquia não eram totalmente necessárias à criação daquele bloco econômico regional com a União Europeia, uma vez que outras medidas, compatíveis com o GATT, poderiam ter sido levadas a cabo com a finalidade de evitar o desvio de comércio, nomeadamente a adoção de regras de origem para os produtos têxteis e de vestuário que permitissem à União Europeia fazer a distinção entre os produtos originários da Turquia, que gozariam de livre acesso ao seu mercado, e os originários de países terceiros, o que para Pedro Infante Mota²³, caracteriza quase que uma introdução de uma regra de consenso ao contrário pelo Órgão de Recurso quando sugere que, a menos que se prove o oposto, todos os acordos e preferências comerciais são contrários às regras multilaterais da OMC.

Esta decisão do Órgão de Recurso no caso *Turkey*, configura certamente um ponto fora da curva em matéria do entendimento construído tanto pela OMC quanto pela doutrina especializada, de que os blocos econômicos regionais são uma legítima exceção à regra da Cláusula da Nação Mais Favorecida, portanto, compatível com as regras do GATT. É uma espécie de “inversão do ônus da prova”, quando a formação de um bloco dessa natureza deixa de ser presumidamente convergente com as normas do GATT, até prova em contrário, e passa a ser presumidamente uma contrariedade às normas do GATT, até que se prove o contrário.

Outra crítica apresentada pelo Professor Pedro Infante Mota²⁴ se dá sobre a interpretação do prólogo do número 5 do art. XXIV do GATT, quando tanto o painel quanto o Órgão de Recurso estabelecem duas condições que não encontram qualquer apoio no texto legal em apreço: a de que a violação das regras da OMC não pode ocorrer depois de criado o bloco econômico regional; e de que é necessário demonstrar que a criação de uma união aduaneira ou de uma zona de comércio livre não é possível sem a introdução da medida que é considerada contrária às regras do GATT. O Professor ressaltou que,

²³ MOTA, Pedro Infante. *O Sistema GATT/OMC: Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*. Almedina : Coimbra, 2005, pág. 558.

²⁴ Idem.

em outro momento, o Órgão de Recurso consagrou a regra geral de interpretação do art. 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados – aquela que diz que “um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade” – como tendo sido transformada em uma regra de direito internacional geral ou comum que, conforme o estabelecido no art. 3º. número 2, do Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos que Regem a Resolução de Litígios, deve ser observada pelos painéis e pelo Órgão de Recurso quando estes procurem clarificar as disposições dos acordos da OMC.

Diante de todo o exposto, tal decisão do Órgão de Recurso parece extrapolar o mero cuidado e observância das regras do artigo XXIV, para que os acordos comerciais preferenciais permaneçam a ser uma exceção à cláusula da nação mais favorecida, opinião até este limite, aceitável e que deve ser sempre buscada pela OMC. Porém, tal decisão mais parece uma tentativa de frear ou até mesmo, impossibilitar a tendência regionalista atual levada a cabo às margens das negociações multilaterais da OMC, pondo em dificuldade a celebração dos acordos comerciais que tem respaldo no Art. XXIV do GATT, quando foge de uma interpretação mais textualista como vinha sendo sua característica.

O criticado “critério da necessidade” que impõe aos membros o dever de demonstrar que a criação de uma união aduaneira ou a zona de comércio livre não é possível sem a introdução de uma medida considerada contrária às regras do GATT, parece ser um tanto ativista, resultando da criação de uma nova regra pelo Órgão de Recurso, muito mais do que uma interpretação mais restritiva, que esta sim, defendemos ser buscada pela OMC.

4. Considerações Finais

São muitas as razões que levam os Estados a celebrarem acordos comerciais preferenciais, e como vimos ao longo desse estudo, essas razões vão muito além dos aspectos econômicos. O chamado “*spaghetti bowl*” causado pela proliferação de acordos comerciais e consequentemente, de regras para a produção e comercialização de um produto

ou a oferta de um serviço no mercado internacional – sobretudo se observarmos que hoje em dia um membro da OMC participa de vários acordos comerciais preferenciais ao mesmo tempo – apesar de a princípio causar grandes problemas de logística com a observação de tantas regras distintas, pode ser um indício de que a grande solução para este problema seja de fato a multilateralização das vantagens oferecidas.

Com efeito, é inegável a importância dos acordos comerciais preferenciais na condução das relações econômicas atuais, como nos mostra a história, e se olharmos para os novos acordos, sobretudo o que estão em fase de negociação entre as principais economias mundiais, nomeadamente União Europeia, Estados Unidos, Canadá e Japão, podemos perceber a mudança de paradigma que tais acordos vem oferecendo à sociedade internacional sob vários ângulos, não apenas sob o ponto de vista econômico.

Estes acordos estão deixando cada vez mais de serem meros instrumentos de retirada de discriminações e liberalização do comércio entre determinadas partes, para serem efetivamente instrumentos de criação de regras condutoras das relações econômicas. É uma espécie de geometria variável aplicada ao comércio internacional, é dizer, são os grandes atores do comércio, ditando as novas regras internacionais.

O memorando de entendimento sobre a interpretação do artigo XXIV do GATT, quando ressalta em seu preâmbulo a forte contribuição de uma integração mais profunda das economias das partes dos acordos comerciais preferenciais para a expansão do comércio internacional, demonstra que a aproximação das economias com vistas a um avanço nas etapas da integração, é mais do que um passo importante para o multilateralismo, é uma necessidade para o desenvolvimento da sociedade internacional como um todo.

O próprio artigo XXIV do GATT, junto ao artigo V do GATS e à Cláusula de Habilitação como grandes exceções ao Princípio da Não Discriminação consagradas pelo sistema GATT/OMC, comprovam o reconhecimento dos acordos comerciais preferenciais como instrumento dessa desejável integração mais profunda. Porém, o que se espera é que haja um estímulo ao multilateralismo, e percebemos tal fato ao constatar o grande número de acordos desta natureza já em vigor ou notificados

à OMC, de onde podemos concluir que a liberalização do comércio, sobretudo com vistas à integração econômica é uma realidade atual.

Contudo, como a liberalização multilateral do comércio é a forma ideal que garante que o consumidor terá sempre contato com o melhor produto ao melhor preço, deve ser sempre preferível, e para isso, deve haver um esforço maior por parte dos membros da OMC com vistas a esta conquista, diferentemente do regionalismo atual, que não necessita de estímulos para acontecer, pois já representa uma realidade inafastável. Porém, a despeito de não necessitar de estímulos, o regionalismo também não pode sofrer entraves que o impossibilite, como vimos no caso *Turkey*.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Kym; NORHEIM, Hege. History, Geography and Regional Economic Integration. In: *Regional Integration and The Global Trading System*. Hertfordshire : Harvester Wheatsheaf, 1993. Páginas 19 à 51.
- ANDRIAMANANJARA, Soamiely. Customs Union. In: *Preferential Trade Agreement Policies for Development- A Handbook*. Whashington D.C. : The World Bank, 2011. Págs. 111 à 120.
- BAGWEL, Kyle; STAIGER, Robert W. Reciprocity, Non-Discrimination and Preferential Agreements in the Multilateral Trading System. In: *European Journal of Political Economy*. Volume 17. Paris : Elsevier, 2001. Páginas 281 à 325.
- BALDWIN, Richard. *21st Century Regionalism: Filling the Gap Between 21st Century Trade and 20th Century Trade Rules*. Genebra : Organização Mundial do Comércio, 2011.
- _____. *Big-Think Regionalism: A Critical Survey*. Cambridge : National Bureau of Economic Research, 2008.
- _____; FREUND, Caroline. Preferential Trade Agreements and Multilateral Liberalization. In: *Preferential Trade Agreement Policies for Development- A Handbook*. Whashington D.C. : The World Bank, 2011. Págs. 121 à 141.
- _____; COHEN, Daniel; SAPIR, André; VENABLES, Anthony. Market Integration, Regionalism and the Global Economy. In: *European Journal of Political Economy*. Volume 16. Paris : Elsevier, 2000. Páginas 583 à 586.

- _____; VENABLES, Anthony. Regional Economic Integration. In: *Handbook of International Economics*. Volume 3. Editado por Gene Grossman e Kenneth Rogoff. Amsterdã : Elsevier, 1995. Págs. 1597 à 1644.
- BHAGWATI, Jagdish. Regionalism and Multilateralism: An Overview. In: *New Dimensions in Regional Integration*. Nova Iorque : Centre for Economic Policy Research, 1993. Páginas 22 à 50.
- _____. *Termites in the Trading System: How Preferential Agreements Undermine Free Trade*. Londres : Oxford University Press, 2008.
- CHAUFFOUR, Jean-Pierre; MAUR, Jean-Christophe. Beyond Market Access. *Preferential Trade Agreement Policies for Development- A Handbook*. Whashington D.C. : The World Bank, 2011. Págs. 17 à 36.
- CHO, Sungjoon. Breaking the Barrier Between Regionalism and Multilateralism: A New Perspective on Trade Regionalism. In: *Harv. Int'l L.J.* Volume 42. Número 2, 2001. Disponível em: http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/168
- CUNHA, Luis Pedro da. *Lições de Relações Económicas Externas*. Coimbra : Almedina, 1997.
- DEVUYST, Youri; SERDAREVIC, Asja. The World Trade Organization and Regional Trade Agreements: Bridging the Constitutional Credibility Gap. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*. Volume 18. Número 1, 2007. Páginas 1 à 75.
- ELSIG, Manfred; DÜR Andreas. Introductions: The Purpose, Design and Effects os Preferential Trade Agreements. In: *Trade Cooperation. The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*. Editado por Andreas Dür e Manfred Elsig. Cambridge, Cambridge University Press, 2015. Páginas: 1 à 22.
- FINGER, J. Michael. GATT'S Influence on Regional Arrangements. In: *New Dimensions in Regional Integration*. Nova Iorque : Centre for Economic Policy Research, 1993. Páginas 128 à 148.
- FRANKEL, Jeffrey. *Regional Trading Blocs in the World Economic System*. Washington D.C. : Institute for International Economics, 1997.
- HEYDON, Kenneth; WOOLCOCK, Stephen. *The Rise of Bilateralism: Comparing American, European, and Asian Approaches to Preferential Trade Agreements*. Nova Iorque : United Nations University Press, 2009.
- HUDEC, Robert; SOUTHWICK, James. Regionalism and WTO Rules: Problems in the Fine Art of Discriminating Fairly, in: *Trade Rules in the Making*:

- Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*. Editado por Miguel Rodríguez Mendoza, Patrick Low e Barbara Kotschwar. Washington, D.C. : American States-Brookings Institution Press, 1999.
- IRWIN, Douglas A. Multilateral and Bilateral Trade Policies in the World Trading System: an Historical Perspective. *In: New Dimensions in Regional Integration*. Nova Iorque : Centre for Economic Policy Research, 1993. Páginas 90 à 119.
- KRUGMAN, Paul. Regionalism Versus Multilateralism: Analytical Notes. *In: New Dimensions in Regional Integration*. Nova Iorque : Centre for Economic Policy Research, 1993. Páginas 58 à 79.
- MANSFIELD, Edward D.; MILNER, Helen V. The Political Economy of Preferential Trade Agreements. *In: Trade Coooperation. The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*. Editado por Andreas Dür e Manfred Elsig. Cambridge, Cambridge University Press, 2015. Páginas: 56 à 81.
- MAUR, Jean-Christophe. Trade Facilitation. *In: Preferential Trade Agreement Policies for Development- A Handbook*. Whashington D.C.: The World Bank, 2011. Págs. 327 à 346.
- MCCARTHY, Dennis P. *International Economic Integration in Historical Perspective*. Nova Iorque : Routledge, 2006.
- MCMILLAN, John. Does Regional Integration Foster Open Trade? Economic Theory and GATT's Article XXIV. *In: Regional Integration and The Global Trading System*. Hertfordshire : Harvester Wheatsheaf, 1993. Páginas 292 e seguintes.
- MOTA, Pedro Infante. Comércio Internacional e Desenvolvimento: O Caso European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries. *In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. V I assuntos europeus e Integração Econômica. Coimbra : Almedina, 2010.
- _____. Os Acordos Comerciais Preferenciais e o Sistema Comercial Multilateral. *In: Boletim de Ciências Econômicas*. Volume LVII, Tomo II. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra : Coimbra, 2014. Págs. 2419 à 2453.
- _____. *O Sistema GATT/OMC: Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*. Almedina : Coimbra, 2005.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium*. Report by

- the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi. Genebra : Editora WTO, 2004. Págs. 24 e 25.
- _____. *World Trade Report 2011 – The WTO and Preferential Trade Agreements: From co-Existence to Coherence*, Genebra : Editora WTO, 2011.
- _____. *World Trade Statistical Review 2016*. Genebra : Editora WTO, 2016.
- PANAGARIYA, Arvind; MELO, Jaime de. Introduction. In: *New Dimensions in Regional Integration*. Nova Iorque : Centre for Economic Policy Research, 1993. Páginas 3 à 21.
- _____. *The New Regionalism in Trade Policy: An Interpretative Summary of a Conference*. Washington, DC: World Bank eLibrary, 1992.
- _____. Preferential Trade Liberalization: The Traditional Theory and New Developments. In: *Journal of Economic Literature*. Vol. 38, número 2, 2000. Págs. 287 à 331.
- POMFRET, Richard. *The Economics of Regional Trading Arrangements*. Oxford : Clarendon Press, 1997.
- RODRIK, Dani; PANAGARIYA, Arvind; MELO, Jaime de. The New Regionalism: a Country Perspective. In: *New Dimensions in Regional Integration*. Nova Iorque : Centre for Economic Policy Research, 1993. Páginas 159 à 201.
- SAPIR, André. Domino Effects in Western European Regional Trade, 1960-1992. In: *European Journal of Political Economy*. Volume 17. Paris: Elsevier, 2001. Páginas 377 à 388.
- SCHIFF, Maurice; WINTERS, Alan. *Regional Integration and Development*. Nova Iorque: World Bank-Oxford University Press, 2003.
- WINTERS, L. Alan. The European Community: A Case of Successful Integration?. In: *New Dimensions in Regional Integration*. Nova Iorque: Centre for Economic Policy Research, 1993. Páginas 202 à 233.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: lucilavilhena@gmail.com

Acordo de Leniência Anticorrupção no Brasil: regulamentação atual e desafios futuros¹

Anticorruption Leniency Agreement in Brazil: recent regulation and future challenges

MARCOS AUGUSTO PEREZ²

Resumo: exame do acordo de leniência no direito brasileiro e sua regulamentação no chamado direito anticorrupção. Instrumento voltado à concretização do poder sancionatório do Estado e à conservação da atividade econômica das empresas e do desenvolvimento econômico. Dificuldades na realização efetiva de acordos, diante das deficiências da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Desafios futuros: a necessidade de alteração da Lei nº 12.846/2013.

Palavras Chave: *acordo de leniência, corrupção, anticorrupção, empresas, poder sancionatório, sanção administrativa, Administração Pública, direito brasileiro, desenvolvimento econômico, desafios, Lei nº 12.846/2013.*

Abstract: study of the leniency agreement in Brazilian law and its regulation in the so-called Anti-Corruption Act. The purposes of the leniency agreement are the effectiveness of State sanctioning power and the conservation of economic activity of companies and economic development. The deficiencies of the Anti-Corruption Act (Act nº 12.846/2013) make the execution of leniency agreements difficult and risky. Future challenges: the need to change the Act nº 12.846/2013.

Key Words: *leniency agreement, corruption, bribe, anti-corruption, anti-bribe, companies, sanctioning power, Public Administration, Brazilian law, economic development, challenges, Act nº 12.846/2013.*

¹ Entregue: 3.1.2017; aprovado: 14.3.2017.

² Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. marcos.perez@usp.br

1. Acordo de leniência

O que é um acordo de leniência?

A legislação brasileira chama de acordo de leniência a convenção celebrada entre um particular potencialmente infrator da lei e o Poder Público, com o objetivo de substituir a imposição unilateral da sanção administrativa que, em tese, lhe seria aplicada.

Por meio do acordo a Administração obtém a declaração do particular infrator quanto a prática de ilegalidades; eventualmente aplica contra o infrator sanções administrativas, de forma consensual, sem que se dedique a longas disputas judiciais, e ainda obriga o mesmo a colaborar com a Administração, carreando-lhe provas e evidências capazes de penalizar outros infratores.

O infrator tem o benefício da redução das sanções, mediante negociação protegida pela confidencialidade.

A Administração que possui o poder de impor unilateralmente uma sanção à outra parte decide substituir o exercício desse poder por um acordo, pode-se dizer, por um contrato. Há obviamente discricionariedade administrativa a lastrear essa decisão, o que dá ao administrador relativa liberdade para, no caso concreto, decidir ou não pela aceitação do acordo e, notadamente, para negociá-lo, tudo visando a alcançar as finalidades públicas inerentes à atividade sancionatória desempenhada ou, dizendo de forma mais abrangente, visando à realização do interesse público.

Em sentido estrito, a legislação brasileira prevê os acordos de leniência na Lei 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e, mais recentemente, na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Mas de modo mais amplo, em função de sua natureza jurídica, com algumas nuances normativas caso a caso, a leniência pode ser comparada a outras convenções substitutivas da decisão unilateral da Administração, tais como o compromisso de ajustamento de conduta, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e o compromisso de cessação de conduta, da Lei 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Instrumentos análogos ao acordo de leniência podem ser encontrados, ademais, na legislação criminal: a delação ou colaboração premiada, prevista inicialmente na Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)

e posteriormente na Lei 12.850/2013 (Organizações Criminosas) e o instituto da transação penal, regulado pela Lei 9.099/1995, com o qual também guarda algumas semelhanças.

2. As finalidades da leniência

Todos esses exemplos ilustram que o *jus puniendi* do Estado, que se expressa tanto por meio do direito penal, quanto por meio do direito administrativo, pode ser objeto de transação com o intuito de se conseguir sancionar, obter colaboração para investigações, adequar condutas ou reparar danos gerados pelo infrator de modo célere e mais eficaz.

A leniência, aliás, é especialmente eficiente nos casos em que há mais de um infrator envolvido, nos quais a colaboração de um dos infratores pode trazer para a Administração evidências suficientes para descortinar e punir toda uma rede de infratores (é o caso, geralmente, das infrações à ordem econômica, como e.g. a formação de cartéis). Ao infrator colaborador garantem-se benefícios relacionados à redução das sanções em tese a ele aplicáveis, que serão negociados, caso a caso, em função de suas peculiaridades e dos limites impostos pela legislação.

A leniência, portanto, ainda que seu nome jurídico expresse a ideia de abrandamento ou suavização, visa à atuação mais eficiente da Administração em sua função sancionadora ou, caso se prefira, no exercício de seu *jus puniendi*.

Essa finalidade é bastante evidente e fica ainda mais clara quando se visita a prática da leniência no ordenamento norte-americano, onde o acordo se tornou recentemente a ferramenta mais poderosa de atuação de órgãos voltados ao combate de desvios e crimes empresariais³, como os chamados DOJ (US Department of Justice) e SEC (Securities and Exchange Commission). Segundo relatos publicados, por meio de acordos que geralmente são rubricados como DPA (Deferred Prosecution

³ Quem diz isso é a procuradora-geral assistente da divisão criminal do DOJ, Leslie CALDWELL – Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/18/2014-year-end-update-on-corporate-deferred-prosecution-and-non-prosecution-agreements/#more-67766>. Acessado em 19.09.2016.

Agreement) ou NPA (Non Prosecution Agreement), a Administração norte-americana recuperou de empresas que se admitiram infratoras e colaboraram com intrincadas investigações administrativas nove bilhões de dólares, em 2012; dois bilhões e novecentos, em 2013 e cinco bilhões e cem milhões de dólares, em 2014.

Observe-se que as estatísticas acima, além de revelar a efetividade dos acordos de leniência do ponto de vista da satisfação das funções sancionatórias da Administração, expõe de modo indireto que na economia de mercado (e isso nos liga ao tema deste Congresso) mesmo nos chamados países do capitalismo central e mesmo no que toca à atuação de gigantescas corporações empresariais com atuação global é bastante comum a prática de infrações legais, algumas altamente lesivas à sociedade e ao próprio livre mercado. O capitalismo – como testemunha RAYMOND BAKER em seu impressionante estudo “Capitalism’s Achilles Heel” – consegue operar incrivelmente bem fora da legalidade⁴. Como lemos cotidianamente na imprensa internacional grandes empresas da área financeira e de diferentes indústrias globais, como energia, petróleo, fármacos, infraestrutura, construção civil, alimentos, entre muitas outras, envolvem-se mais constantemente do que se poderia imaginar em práticas ilegais, tais como corrupção, lavagem de dinheiro, utilização de informação privilegiada, formação de carteis e outros variados crimes contra a economia.

E é justamente esse fenômeno, o envolvimento de grandes corporações econômicas em práticas ilegais, que torna o acordo de leniência um instrumento de promoção ou de proteção do desenvolvimento econômico, pois dar oportunidade às empresas flagradas em práticas ilegais de ajustar sua conduta à legalidade e dar oportunidade a essas mesmas empresas de continuar as suas atividades, de modo a preservar os investimentos que realizam e os empregos que oferecem é também salvaguardar o interesse público, nas perspectiva de zelar pela higidez da economia, do desenvolvimento econômico, do emprego.

Observe-se que o desenvolvimento econômico é um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro (art. 3º, II, da CF) e parece quase uma

⁴ Cf. BAKER, Raymond W. *Capitalism’s Achilles Heel*. New Jersey: Wiley, 2005, p. 373.

obviedade dizer que a existência de grandes empresas e de grandes investimentos privados são fatores que convergem para a geração de trabalho, produtividade, renda e conseqüentemente para o desenvolvimento econômico. É de interesse público, portanto, que, apesar de terem cometido infrações, as empresas continuem a existir, a investir e a promover o trabalho e a renda, desde que seu comportamento passe a se adequar à legalidade.

Ainda que o interesse público no desenvolvimento econômico reste patente a partir da leitura do texto constitucional brasileiro, é preciso reconhecer que também há uma preocupação mundial crescente com o tema do desenvolvimento, particularmente no que se refere à necessidade de assegurar e criar vagas de trabalho. As crises econômicas globais mais recentes, notadamente a grave crise do sistema financeiro dos anos de 2008 e 2009, cujos efeitos ainda perduram, fez crescer a sensibilidade em torno do grave problema do desemprego, o qual tem levado os teóricos do direito a preconizar que doravante toda atuação estatal no domínio econômico deva ser precedida de análise prévia de seu impacto no mercado de trabalho, na criação de empregos ou, enfim, no desemprego⁵.

Sabe-se que o desemprego cria efeitos socioeconômicos negativos de longo prazo. O desemprego afeta a saúde pública: pessoas que perdem o emprego tendem a contrair uma variedade de doenças das quais não se livram mesmo quando encontram um novo trabalho. Essas pessoas tendem ainda a morrer mais cedo. Isso importa em custos significativos para o sistema de saúde, e para o sistema previdenciário. Há ainda custos de grande monta que o desemprego gera para o sistema de seguro desemprego, com o treinamento e a com a recolocação dos trabalhadores desempregados. Por fim, mas não menos importante, encontram-se os efeitos do desemprego para os dependentes de pais

⁵ Confira-se neste sentido dois estudos recentes: um de **Stuart SHAPIRO**, *Reforming the Regulatory Process to Consider Employment and Other Macroeconomic Factors* – In **COGLIANESE**, Cary; **FINKEL**, Adam M. e **CARRIGAN**, Christopher, *Does Regulation Kill Jobs?* Philadelphia: Penn, 2013, p. 223 e outro de **Jonathan MASUR** e **Eric POSNER**, *Unemployment and Regulatory Policy*. In **COGLIANESE**, Cary; **FINKEL**, Adam M. e **CARRIGAN**, Christopher, *Does Regulation Kill Jobs?* Philadelphia: Penn, 2013, p. 207-209.

desempregados; nesse plano o desemprego acaba por afetar não só a geração presente de trabalhadores, mas a formação e a saúde de uma geração futura, gerando consequências bastante nefastas do ponto de vista da produtividade, do desenvolvimento e até mesmo da paz social.

Desse modo, se há interesse público no desenvolvimento econômico, na manutenção e no crescimento de investimentos privados e no mercado de trabalho – e reafirmo que há –, os acordos de leniência são instrumentos para o atingimento desse escopo.

Portanto, ao lado de facilitar a punição de empresas infratoras e a indenização por danos que estas causaram, além de eventualmente resultar em colaboração para a investigação de condutas de outras empresas e grupo empresariais e de se voltar-se a ajustar as condutas empresariais à legalidade, os acordos de leniência devem possibilitar a continuidade da vida das empresas, a continuidade do investimento privado e a manutenção do mercado de empregos. A ponderação, o balanço, ou melhor, o equilíbrio de todos esses fatores é fundamental para o sucesso do acordo de leniência, para que o mesmo atinja plenamente seu escopo, para que efetivamente se volte ao interesse público.

3. A experiência da leniência no Brasil

No Brasil, a experiência na negociação e na celebração de acordos de leniência está praticamente toda concentrada no CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) o qual, como já foi dito, utiliza-se para tanto das faculdades criadas pela Lei 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). O CADE, segundo dados públicos, realizou 54 (cinquenta e quatro) acordos, desde 2003⁶.

Segundo o art. 86, I e II, da Lei 12.529/2011, a celebração de acordo de leniência fica condicionada à identificação dos demais envolvidos na infração e ao oferecimento de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Observe-se, portanto, que no campo da defesa da concorrência a colaboração para

⁶ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-lenienca>. Acessado em 19.09.2016.

o desbaratamento de cartéis ou de arranjos interempresariais com vistas a prejudicar a concorrência e o livre mercado são os móveis principais do acordo substitutivo da sanção.

No caso, o infrator que colaborar com o CADE, por meio do seu programa de leniência, pode ser beneficiado ou com a extinção das pretensões punitivas da Administração, ou com uma significativa redução das penalidades “*redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços)*” (cf. art. 86, da Lei 12.529/2011).

A legislação brasileira de defesa da concorrência, inspirada ademais pela prática internacional, fixa algumas outras condições para a celebração de acordos de leniência, a saber (§1º do art. 86, da Lei 12.529/2011): (1) que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação (prerrogativa do primeiro); (2) que a empresa cesse a conduta sob investigação; (3) que as evidências trazidas pela empresa que pleiteia o acordo sejam relevantes para a sua condenação e não estejam à disposição do CADE salvo se celebrado o acordo; (4) que a empresa confesse sua participação no ilícito e passe a cooperar plenamente com as investigações e o processo administrativo.

Os §§ 7º e 8º, do art. 86, da Lei 12.529/2011 temperam a prerrogativa do primeiro aqui referida, possibilitando que a empresa ou pessoa física que não seja a primeira, que portanto não consiga se habilitar para a celebração do acordo em um dado processo, realize acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o CADE não tenha qualquer conhecimento prévio, e que isso lhe traga os benefícios do acordo de leniência no processo original. É o que se costuma chamar de “*leniência plus*”.

Observe-se que muitas vezes a configuração de uma infração à ordem econômica traz consequências jurídicas não só para a empresa envolvida, mas para outras empresas do mesmo grupo e, especialmente, para seus dirigentes e traz consequências jurídicas não só no plano administrativo, mas também no plano criminal. O tema esteve nas preocupações do legislador da concorrência, pois a impossibilidade de se transpor para a esfera da direitos e obrigações das pessoas físicas os efeitos dos acordos eventualmente entabulados com empresas praticamente inviabilizaria a realização de acordos leniência, diante

do desincentivo criado. Assim é que se estabeleceu, tanto por meio do §6º, do art. 86, como pelo art. 87, da Lei 12.529/2011, que os efeitos administrativos dos acordos de leniência devem ser estendidos às empresas do mesmo grupo e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, “*desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas*” e que a celebração e posteriormente o cumprimento do acordo de leniência, na respectiva ordem, impede o oferecimento de denúncia criminal e extingue a punibilidade dos crimes contra a concorrência tipificados na Lei 8.137/1990, na Lei 8.666/1993 e no art. 288, do Código Penal.

Já no âmbito da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), muito embora haja normas bastante parecidas com as do sistema de proteção da concorrência, restam algumas lacunas e imprecisões que têm dificultado em muito a utilização dos acordos de leniência. De qualquer sorte, o art. 16, da Lei 12.846/2013 efetivamente possibilita à Administração realizar acordos de leniência com empresas que tenham praticado corrupção, desde que estas empresas venham a colaborar com as investigações promovidas pela Administração, de modo a identificar eventualmente outros envolvidos em práticas ilícitas, ou facilitar a obtenção de evidências sobre os fatos em apuração.

Corrupção não é uma expressão unívoca e é um conceito muito amplo do ponto de vista do tratamento que lhe confere a legislação brasileira, a qual já tratava do tema muito antes da vigência da Lei 12.846/2013. Só para que se tenha breve ideia disso, tipificam condutas que poderiam ser consideradas como corrupção, além do Código Penal brasileiro, por meio dos artigos 312 e seguintes, ao tratar dos chamados crimes contra a Administração Pública; a Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade do Presidente da República e de outras autoridades; a Lei 4.717/1965, da ação popular; a Lei 7.429/1986, dos crimes contra o sistema financeiro nacional; a Lei 8.429/1992, de improbidade administrativa a Lei 8.666/1993, lei de licitações; entre muitos outros diplomas legais.

Apesar de toda essa fragmentação jurídica, a Lei 12.846/2013 tentou unificar o regime jurídico anticorrupção a partir das cominações que lança em seu art. 5º, a saber:

“I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.”

Estabeleceu, ainda, a Lei 12.846/2013 que os processos administrativos anticorrupção, no que toca à União, devem ser conduzidos pela CGU (Controladoria Geral da União), recentemente transformada em Ministério da Transparência Fiscalização e Controle (Medida Provisória 726/2016).

O Ministério, entretanto, só divulgou até agora um único acordo de leniência celebrado, com a empresa holandesa SBM Offshore, em 15/07/2016, acordo, há que se dizer inclusive, questionado pela decisão tomada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. A baixa procura por acordos de leniência anticorrupção, em contraste com os dados acima apontados do CADE, é seguramente fruto das inconsistências da Lei 12.846/2013.

4. Os problemas da leniência no processo administrativo anticorrupção

Aprovada e sancionada a toque de caixa, ao cabo de grandes manifestações de rua havidas no curso de 2013, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), em que pese possibilitar a celebração de acordos de leniência no contexto da apuração administrativa de condutas empresariais consideradas lesivas ou corruptas, como acima visto, deixou muitas lacunas e trouxe grande insegurança para a sua aplicação.

A edição de seu regulamento, o Decreto 8.420/2015, trouxe alguma luz aos aplicadores do direito – como a dosimetria das sanções prevista em seu art. 17 –, mas ainda assim não sanou as questões centrais para sua aplicação, relacionadas às diferenças entre o processo anticorrupção e o processo para apuração de lesão à ordem econômica; ao eventual *bis in idem* entre as esferas anticorrupção, antitruste, de responsabilidade civil, improbidade administrativa e criminal e, por fim, relacionadas aos efeitos jurídicos na esfera penal da admissão de conduta e de culpa perante a Administração.

No contexto anticorrupção, nem sempre as condutas ilegais são fruto da ação coletiva (o que é frequente nas infrações à ordem econômica, como ocorre no caso de formação de cartéis). De fato, no contexto do direito anticorrupção, as empresas podem simplesmente vir a descobrir, por meio de seus controles internos, que um funcionário mais ou menos graduado de sua estrutura tenha cometido ilícitos considerados atos de corrupção, agindo como representante da empresa ou simplesmente defendendo os interesses desta e que, uma vez descortinados esses fatos, a empresa queira relatá-los à autoridade pública e celebrar um

acordo que substitua a sanção que em tese lhe seria aplicável. Daí ser completamente descabido falar em prerrogativa ou exclusividade do primeiro, em casos anticorrupção, pois, na maior parte das vezes, não haverá um segundo, uma segunda empresa, pois a conduta foi única, de uma só empresa, o que não deveria retirar dela a possibilidade de celebrar acordo de leniência.

Note-se que, mesmo no contexto da legislação antitruste, no qual os desbaratamentos de condutas empresariais coletivas de lesão à ordem econômica é fundamental, flexibilizou-se a prerrogativa ou exclusividade do primeiro, possibilitando que outras empresas que não sejam as primeiras a relatar os fatos para as autoridades administrativas celebrem os chamados TCC (Termo de Cessação de Conduta), compromisso, que também tem a natureza jurídica de um acordo substitutivo da sanção administrativa (muito embora não dê ao particular benefícios “*automáticos*” na esfera criminal) e os chamados acordos de “*leniência plus*” (art. 86, §§7º e 8º, da Lei 12.529/2011), já referidos anteriormente.

Desse modo, encarar a prerrogativa do primeiro como um fator *sine qua non* para a celebração de acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção é simplesmente criar um entrave para a utilização desse instituto sem qualquer proveito para a Administração e, portanto, sem cabimento em termos jurídicos.

O Decreto 8.420/2015 (que regulamentou a Lei 12.529/2011) tentou esclarecer a questão ao estabelecer em seu art. 30 que: “*A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I – ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante*” (grifos do autor), mas o contraste do texto do regulamento com o texto original da lei, por mais que se possa ponderar pela interpretação teleológica e sistemática da lei, acaba por gerar insegurança jurídica e novas dificuldades de interpretação, as quais acabam se tornando um obstáculo à utilização mais amíu de da leniência no plano de aplicação da lei anticorrupção.

Mas não é só. A Lei 12.846/2013, no afã de editar normas que perante a opinião pública aparentassem um extremo rigor no combate à corrupção, não se preocupou com a garantia do *ne bis in idem*. Ora,

há atualmente uma tendência global em se admitir que, em matéria sancionatória, as esferas penal e administrativa devem se combinar para evitar a dupla punição do infrator em virtude da mesma conduta. Pode-se dizer que, com o avanço do poder sancionatório do Estado, de modo a impor muitas vezes a penalização da mesma conduta nas esferas administrativa e criminal, o *ne bis in idem* tornou-se uma garantia inerente ao devido processo legal, princípio consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal, na perspectiva de contensão do poder do Estado e de proteção do indivíduo contra o arbítrio e o abuso de poder.

De fato, a Lei 12.846/2013 não cuidou de criar um sistema de integração das sanções criminais e administrativas. Observe-se que isso é um problema e um desincentivo gigantesco à efetividade dos acordos de leniência, justamente na medida em que muitos ilícitos, quando cometidos por uma empresa que eventualmente admita a sua prática na esfera administrativa, geram sanções para as pessoas físicas na esfera criminal (dirigentes ou representantes da empresa, responsáveis individual ou coletivamente pelo ilícito). Sem atenuação das penas criminais para a pessoa física, como decorrência da leniência da empresa na esfera administrativa e sem qualquer preocupação com a integração dessas esferas sancionatórias (criminal e administrativa), a leniência só tem condições materiais de ocorrer quando o corpo diretivo da empresa deseje a punição criminal de seus prepostos, supostamente responsáveis por infrações que favoreceram a empresa, situação que tem se demonstrado rara, a vista da baixa adesão à leniência anticorrupção no Brasil.

Atente-se, ainda, para o fato de que se o Ministério Público tem competência para a realização de acordos de colaboração premiada, não o tem, por outro lado, para a celebração de leniência para os fins da Lei 12.846/2013, o que agrava a fragmentação jurídica com que o tema vem sendo tratado no Brasil e majora os desincentivos aqui tocados. Do mesmo modo, também na esfera relacionada à improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), o Ministério Público não consegue se comprometer com a celebração de um acordo que elimine a aplicação dos consectários punitivos da Lei 12.846/2013. Neste caso, a fragmentação jurídica, a qual já flerta com o caos, é agravada pela

estrutura institucional do próprio Ministério Público, pois o promotor ou o conjunto de promotores da causa não possuem autonomia para a celebração do acordo substitutivo da sanção, tendo que submetê-lo ao órgão colegiado competente, o qual pode decidir em sentido contrário e não homologar eventual acordo. É justamente isso o que ocorreu no acima referido caso do acordo de leniência da SBM Offshore, em que, após o Ministério da Transparência, a Advocacia Geral da União e o Ministério Público (no caso os promotores da causa) concordarem com a celebração do acordo de leniência, a 5ª CCR do MPF resolveu não homologar o acordo⁷.

Mas, como se isso não bastasse, a Lei 12.846/2013 vai mais adiante e cria hipóteses de *bis in idem* dentro da própria esfera sancionatória administrativa. Observe-se que os §§ 2º e 3º, do art. 16 estabelecem que o acordo de leniência reduz a “*multa aplicável*” à empresa infratora, mas não a “*exime*” de “*reparar integralmente o dano causado*”. Fora a imensa generalidade e falta de objetividade dessas regras, note-se que já há duas consequências punitivas ou sanções sendo aplicadas pelo mesmo ilícito: multa e reparação do dano, sendo que não há redução qualquer em relação à última sanção.

Porém, o art. 17, da Lei 12.846/2013 vai mais além ao admitir que, se as infrações objeto da leniência forem ilícitos previstos na Lei 8.666/1993, as sanções anticorrupção serão aplicadas conjuntamente com as indicadas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993. Ou seja, as sanções previstas na Lei 8.666/1993 são atenuadas, mas, de qualquer modo, somadas às sanções também atenuadas da Lei 12.846/2013, um *bis in idem* explícito.

Como se isso fora pouco, o art. 30, da Lei 12.846/2013 estabeleceu que a aplicação das sanções anticorrupção “*não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de (...) improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*”, ou seja, mesmo após a celebração de um acordo de leniência no âmbito da Lei 12.846/2013, remanesceriam ainda as sanções administrativas por improbidade.

⁷ Disponível em: http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/IC-1.30.001.001111.2014-42_Reduzido.pdf. Acessado em 19.09.2016.

A mesma conduta, apesar de eventual celebração de acordo de leniência pela empresa – que buscaria justamente um acordo substitutivo de sanções –, geraria: sanções administrativas atenuadas em função do acordo de leniência; sanções criminais para as pessoas físicas que representaram as empresas na infração; ressarcimento integral do dano; sanções da Lei 8.666/1993 (Licitações e Contratos) e sanções da Lei 8.429/1992 (Improbidade Administrativa). *Summun jus summa injuria* já ensinavam os clássicos, mas o legislador brasileiro seguramente se esqueceu disso.

5. É preciso alterar a legislação

É evidente, portanto, que a Lei 12.846/2013 não tem gerado a utilização mais frequente dos acordos de leniência, na proporção, por exemplo, do que faz o CADE em relação aos seus processos. Mesmo em um ambiente em tese profícuo para tanto, em função de grandes e crescentes descobertas a respeito da conduta ilícita de empresas que contratam com o Estado ou com empresas estatais (Refiro-me às dezenas de investigações e processos criminais e mesmo a processos administrativos para apuração de conduta lesiva à ordem econômica e processos administrativos sob a responsabilidade do atual Ministério da Transparência instaurados a partir da chamada “operação lava jato”) não há notícia da aceleração ou da conclusão dos processos sancionatórios por meio de acordos de leniência.

A bem da verdade, esse ambiente de insegurança inspirou a edição da Medida Provisória 703/2015, que perdeu seus efeitos por decurso de prazo, sem votação no Congresso Nacional, bem como gerou o Projeto de Lei (PL) 3.636/2015, já aprovado no Senado e atualmente em discussão na Câmara de Deputados.

O PL 3.636/2015 está longe de representar um efetivo avanço para uma política sancionadora integrada e de eliminar plenamente as diferentes formas de *bis in idem* da Lei 12.846/2013, mas, caso seja aprovado, dará, sem dúvida, um pouco mais de segurança jurídica para a celebração de acordos de leniência no contexto acima abordado.

O PL, em boa hora, propõe revogar a prerrogativa do primeiro a fazer a leniência (art. 16, § 1º, I, da Lei 12.846/2013), o que, de fato, pode destravar uma série de acordos que até então pareciam impossíveis.

Mas a principal novidade do projeto está no fato de possibilitar que do acordo de leniência anticorrupção participem conjuntamente o Ministério Público, a advocacia pública e as controladorias, que poderão, conforme o caso, unificar as sanções que continuam individualmente previstas: criminal, anticorrupção, indenizatória, de improbidade e de suspensão dos direitos de contratar e licitar. Não há uma integração obrigatória e nem há unificação das sanções, mesmo a colaboração entre o Ministério Público, a advocacia pública e as controladorias depende, em cada caso, da convergência de interesses desses organismos, mas se pode dizer que a chance de celebração de acordos de leniência tenderá a aumentar, caso o projeto de lei seja aprovado.

Diante dos desafios que a conjuntura política e econômica impõem nesse momento aos brasileiros e às empresas instaladas no Brasil, oxalá possa, em um futuro não distante, uma vez alterada a Lei 12.846/2013, voltar ao tema que aqui tratei, não para discutir por que a leniência anticorrupção não se efetiva no Brasil, mas, sim, para comentar a experiência concreta das instituições brasileiras na utilização do acordo de leniência em matéria anticorrupção.

BIBLIOGRAFIA

- BAKER, Raymond W. *Capitalism's Achilles Heel*. New Jersey: Wiley, 2005, p. 373.
- CALDWELL, Leslie. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/18/2014-year-end-update-on-corporate-deferred-prosecution-and-non-prosecution-agreements/#more-67766>. Acessado em 19.09.2016.
- MASUR, Jonathan e POSNER, Eric. Unemployment and Regulatory Policy. In COGLIANESE, Cary; FINKEL, Adam M. e CARRIGAN, Christopher, *Does Regulation Kill Jobs?* Philadelphia: Penn, 2013, p. 207-209.

SHAPIRO, Stuart. Reforming the Regulatory Process to Consider Employment and Other Macroeconomic Factors – In COGLIANESE, Cary; FINKEL, Adam M. e CARRIGAN, Christopher, *Does Regulation Kill Jobs?* Philadelphia: Penn, 2013, p. 223.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: marcos.perez@usp.br

Crise e viabilidade dos sistemas de segurança social: as facetas da cidadania europeia na jurisprudência recente da União Europeia

Crisis and viability of social security systems: EU citizenship' dimensions on recent EU case-law¹

MARIA DE FÁTIMA DE CASTRO TAVARES MONTEIRO PACHECO²

Resumo: A UE é uma União de Direito fundada nos direitos fundamentais. Os Tratados iniciais não continham qualquer catálogo de direitos, todavia, o TJUE integrou-os pela via dos princípios gerais de direito. Por sua vez, o art. 6.º, n.º 1, TUE, vem positivá-los através da integração da CDFUE. Neste quadro, a cidadania europeia atribui direitos aos indivíduos situando-nos no centro de uma estrutura normativa plural. Ora, partindo das liberdades fundamentais o TJUE, dissociou o conceito de “trabalhador” e de “cidadão europeu”, desvinculando o último da justificação económica das liberdades e da necessidade de circulação. Após percorrer alguma jurisprudência a Autora indica que embora a crise gere desassossegos na faceta social da cidadania e que a agonia do Estado social paire sobre Luxemburgo indiciando um retorno aos condicionalismos da livre circulação – o «estatuto fundamental dos cidadãos» – ancorado na ideia de que o nexo de nacionalidade tem cedido vez à residência, continuará a sustentar um espaço comum entre o “nós” e o “eles.”

Palavras Chaves: *cidadania europeia; direitos fundamentais; princípio da igualdade e da não discriminação; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.*

¹ Entregue: 3.1.2017; aprovado: 14.3.2017.

² Doutora em Direito da União Europeia pela Universidade Católica do Porto – Portugal – Docência no ISCAP – Instituto Superior de Contabilidade e Gestão do Porto – Politécnico do Porto; Investigação no CEI (Centro de Estudos Interculturais do ISCAP) e no CEDU (Centro de Estudos de Direito da União Europeia – Universidade do Minho); Escritório: Rua Júlio Dinis, 247, 4.º E 9, 4051-401, Porto.

Abstract: The European Union is a Union of Law founded upon fundamental rights. Initially, EU treaties had no directory; however, the Court of Justice of the European Union integrated them through the general principles of law. On the other hand, article 6, no.1 of the EU treaty, has brought them in force in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Therefore, EU citizenship gives rights to individuals, positioning them as core elements of normative plural structures. Based on fundamental freedoms, the Court of Justice of the European Union dissociated the concept of “worker” from “European Citizen”, disconnecting it from the economic justification of freedom and circulation needs. After analyzing EU case-law, the author states that the financial crisis is a causes for social citizenship unrest and that social systems are threatened in Luxembourg inducing a return to the constraints of using their own resources. However, according to the author, the fundamental status of EU citizenship, built on the idea that nationality concept is being replaced by residence concept, will continue to sustain a common space between the “us” and the “them”.

Key words: *EU citizenship; Fundamental Rights; equality principle; non-discrimination principle, Charter of Fundamental Rights of the European Union.*

1. Enquadramento do tema: o alcance do direito fundamental de cidadania numa Europa social em crise

É um dado incontroverso que a construção europeia tem sido um caminho de avanços e recuos. Ao longo desta construção, alicerçada no respeito dos direitos fundamentais, apontou-se aos Europeus um objectivo que nos tem unido rumo a um destino comum: «a criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa».

Ora, se os primórdios desta construção foram marcados pelo modelo da integração económica, a criação da União Europeia, operada pelo Tratado de Maastricht, em 1992, superou o modelo inicial de «circulação económica», incorporando novos objectivos de natureza política. É neste contexto que a ideia da cidadania europeia aparece nos caminhos da União. Partindo da nacionalidade e a ela acrescendo, o labor do TJUE permitiu que tais direitos se afirmassem como o “estatuto jurídico-político fundamental dos cidadãos”. Dotados de um enorme potencial expansivo os direitos de cidadania foram revelando múltiplas facetas (política, cívica e social), bem como serviram de instrumento

de legitimação democrática e de elemento aglutinador da integração política europeia.

Não sendo a União um Estado e, por consequência, não podendo atribuir nacionalidade, esta derivação da nacionalidade permitiu que ela se assumisse como uma Associação de Estados e cidadãos. Neste quadro, os indivíduos não poderiam ser apenas um dos factores de produção económica, mas sim o elemento central desta entidade. Assim, a lógica do mercado interno foi cedendo vez a uma estrutura constitucional multinível onde os indivíduos se descobriram ligados por um laço jurídico-político que transcendeu o vínculo aos Estados de que eram nacionais. A cidadania europeia nasceu, portanto, da necessidade de sedimentar a pertença a uma entidade politicamente autónoma e da vontade comum de criar uma identidade político-cultural especificamente europeia.

Como é do conhecimento geral o TL não revoga os tratados anteriores, antes se apresenta como um tratado de revisão, ainda que introduza um conjunto de alterações, com especial impacto na matéria que aqui se traz a reflexão. Desde logo ressaltam as seguintes situações: a absorção (substituindo e sucedendo) da CE pela UE; o reconhecimento do direito de circulação e residência para a realização das políticas comunitárias (ainda que condicionado); a iniciativa da cidadania; a possibilidade dos direitos de cidadania serem objecto de cooperação reforçada; a hipótese do seu aprofundamento; a sua ligação à igualdade de tratamento (e não discriminação) em função da nacionalidade; a sua dupla localização nos tratados e na CDFUE; e a autonomização do sistema de protecção de direitos fundamentais da União, com especial realce para a existência da CDFUE.

É neste contexto que assistimos ao florescer deste *status civitas*, ampliando o conteúdo das liberdades fundamentais de circulação (art.s 45.º a 48.º TFUE), na via da edificação de uma cidadania pós-nacional. Na realidade – se resultava dos Tratados que as pessoas poderiam gozar da liberdade de circulação quando pretendessem trabalhar, prestar ou receber serviços e, por consequência, se garantia a todos os nacionais o direito de entrar, circular e permanecer (também para procurar emprego ou estudar) no território de outros Estados-membros – o direito de residência teria de ser entendido como um direito primário.

Todavia, na realidade, devido à necessidade da suficiência de recursos económicos e da existência de seguros de doença, os direitos de cidadãos não activos não se apresentam incondicionais. É neste contexto que se começa a discutir se a cidadania, enquanto direito fundamental, não deveria ter um alcance autónomo cuja base jurídica se encontraria no art. 21.º, n.º 2 TFUE, disposição dos tratados que goza de efeito directo.

Em abono desta concepção é um dado que a cidadania da União “acresce” à dos Estados e conhece um significativo feixe de direitos, não taxativos (art.s 20.º, n.º 2 e 21.º a 25.º TFUE e 39.º a 46.º CDFUE), que aprofundam a sua ligação à democracia europeia (art.s 9.º, 10, n.º 2 e 3, 11.º, n.º 4 e 14.º, n.º 2 TUE). Ademais, a cidadania não integra a parte III do TFUE, o mercado interno ou o ELSJ, ainda que se tenha por certo que constitui um domínio de competência partilhada entre os Estados-membros e a União (art. 4.º, n.º 1 TFUE). Como já foi referido, a partir do TL a sua disciplina encontra-se prevista nos tratados e na Carta, pelo que a aplicação desta – mais restrita do que a dos tratados – poderá generalizar uma protecção pessoal mais ampla quanto a alguns direitos (arts. 41.º e 45.º, n.º 2) agora atribuídos a todas as pessoas. Tal virtualidade constituiu um momento expansivo do alcance deste novo instrumento jurídico. A esta circunstância, acresce que o art. 25.º TFUE, possibilita o reforço dos direitos de cidadania destacando a sua natureza aberta. O seu conteúdo actual engloba: direitos reservados a cidadãos (art.s 22.º, 23.º, 24.º, 1.º par. TFUE, e 46.º CDFUE); atribuídos a indivíduos ligados à União pela sua residência (art.s 24.º, n.º 3 TFUE e 43.º CDFUE); e direitos atribuídos a qualquer pessoa (art.s 41.º, n.º 4, 21.º, n.º 3, e 24.º, n.º 3 TFUE).

Como já referimos, nesta metamorfose político-jurídica, o TJUE teve um papel insubstituível. Partindo dos direitos de liberdade de circulação começou por dissociar o conceito de “cidadão europeu” e de “trabalhador” (e seus familiares), para depois ir densificando estes direitos no campo político, civil e social. Com o apoio do princípio da igualdade e da não discriminação afirmou-os como direitos fundamentais desvinculados da justificação económica das liberdades (invocáveis por indivíduos economicamente não activos) e da prévia necessidade de circulação (ainda que sedentários), assim aprofundando os direitos dos indivíduos para além da lógica de uma Europa economicista. Da

mesma forma, este movimento, para além de reforçar os direitos de circulação, parecia pretender torná-los resilientes às estritas condições económicas fixadas pela Directiva 2004/38 CE, na via da salvaguarda do direito fundamental do respeito pela vida familiar e da necessidade de aprofundamento da solidariedade financeira entre os Estados-membros.

Todavia, a par da crise económica que se abateu na Europa, este caminho de expansibilidade deixou de se verificar. Pelo que, postas estas considerações iniciais, julgamos ser oportuno efectuar um pequenís-simo percurso pela jurisprudência mais “gloriosa” para os direitos de cidadania. Se é verdade que os momentos mais impactantes se situam desde o acórdão *Carpenter, Martinez Sala, Zhu e Chen, e Zambrano*; é também verdade que os acórdãos *Dereci, O.S e L.*, e *Alokpa* anunciam ventos de mudança; e é inquietante que os acórdãos *Dano, Alimanovic e García-Nieto*, arriscam beliscar a sua evolução – levantando as seguintes questões: **I)** o contexto de crise europeia gerou inquietudes na faceta social da cidadania, delimitando os beneficiários de vantagens sociais não contributivas; **II)** o Tribunal indicia um retorno aos condicionalismos dos recursos próprios; **III)** a sombra do fim do Estado social paira sobre Luxemburgo.

2. A importância da residência: a emancipação da necessidade de exercício das liberdades económicas e da deslocação transfronteiriça.

Foi em 1998 que o Tribunal iniciou o seu percurso no sentido da desvinculação da cidadania relativamente à necessidade de exercer uma actividade económica (sujeitos activos). A Senhora *Martinez Sala*, espanhola e autorizada a residir na Alemanha desde 1968, viu-lhe negada uma “prestação familiar” não contributiva (art. 4.º, n.º 1, al h), do Reg n.º 1408/71), que se inseria num bloco de medidas de política familiar (também considerada “vantagem social”, no sentido do art. 7, n.º 2, do Reg. n.º 1612/68), automaticamente destinada a cidadãos alemães. O Tribunal afirmou que a condição para beneficiar daquelas vantagens, qual fosse a exigência do cartão de residência, criava uma situação de desigualdade de tratamento (art. 12.º TCE) que constituía uma discriminação (não justificada) em razão da nacionalidade

dos beneficiários do subsídio. A não ser assim o Tribunal consentiria que um tratamento desigual em razão da nacionalidade dificultasse a mobilidade dos cidadãos. O Tribunal³ afirmou que aquele subsídio

³ Ac. de 12/5/98, *Martinez Sala*, proc. C-85/96, Col. 1998, p. I-2691, em virtude do qual se sustenta a posição jurídica subjetiva fundamental dos cidadãos consubstanciada na proibição geral da discriminação em razão da nacionalidade e o direito de circular e residir no espaço da União. Assinalando a tendência para o alargamento do campo dos beneficiários do princípio aliando-o aos direitos de cidadania; destacando a não exigência de ligação a atividades económicas; e afirmando a ligação da utilização da língua com a liberdade de circulação, *vd.* Ac. de 24/11/94, *Bickel e Franz*, proc. C-274/96, Col. 1998, p. I-7637. Vale a pena transcrever as Conclusões, de 19/3/1998, pelo advogado-geral JACOBS, no par. 15, quando diz: «(...) *no caso de H. O. Bickel, não existe um elemento de conexão com o direito comunitário. Não há, aparentemente, disposições do Tratado ou da legislação comunitária que, como tais, possam ser relevantes quanto ao mérito das acusações imputadas a H. O. Bickel, ou seja, a condução em estado de embriaguez. O caso questiona se um procedimento criminal instaurado contra um cidadão comunitário, baseado em factos ocorridos quando exercia o seu direito de livre circulação, entra no âmbito do Tratado e está, portanto, sujeito à proibição da discriminação em razão da nacionalidade.* Citando o Ac. *Cowan*, no par. 16, afirma que «(...) esta questão deve ser resolvida em sentido afirmativo. Nesse processo, um cidadão britânico, em visita turística a França, tinha sido vítima de uma agressão e pedia indemnização ao abrigo do regime previsto pelo Código do Processo Penal francês. Essa indemnização foi-lhe negada em razão da sua nacionalidade. O Governo francês alegou que a legislação nacional em questão não estabelecia qualquer obstáculo à liberdade de circulação.» Todavia, uma comunidade não poderia suportar discriminações em função da nacionalidade, nomeadamente, no âmbito de procedimentos criminais instaurados contra os seus cidadãos. O Tribunal, no par. 19, acolhendo a argumentação do Advogado-Geral, e reafirmando o carácter de direito fundamental do art. 18.º TFUE, afirma que «(...) o direito conferido por uma regulamentação nacional, de fazer com que um processo penal decorra numa língua diferente da língua principal do Estado em causa, entra no campo de aplicação do Tratado (...)». Desta forma, o Tribunal associou o uso da língua e a livre circulação e residência, fundando o direito de livre circulação nas normas da cidadania. No sentido da autonomia do estatuto de cidadão enquanto estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-membros (estudantes), reconhecendo o direito ao mesmo tratamento (art. 18.º TFUE) dos cidadãos nacionais, que no caso se traduzia no direito ao recebimento de prestações sociais não contributivas que garantissem um rendimento mínimo, destinadas a trabalhadores comunitários ou a nacionais belgas (*minimex*), e concluindo que a livre circulação (art. 21.º TFUE) bastava para fixar o nexo de conexão ao direito material da União e exigir a igualdade de tratamento, *vd.* Ac. de 20/09/2001, *Grzelcyk*, proc. C-184/99, Col. 2001, p. I-6193. Este aresto demonstra que o Tribunal já pensava que a livre circulação de um estudante era suficiente para ter direito a receber prestações sociais, por parte do Estado de acolhimento, caso a

se incluía no domínio *ratione materiae* do Direito Comunitário! Por sua vez, o advogado-geral JACOBS, no ponto 9 do Sumário das suas Conclusões, afirmava que «*um nacional de um Estado-Membro que reside legalmente no território de outro inclui-se no domínio de aplicação ratione personae das disposições do Tratado consagradas à cidadania europeia (o sublinhado é nosso) e pode invocar os direitos previstos no Tratado (...) o estatuto de cidadão da União, (...) implica não sofrer qualquer discriminação em razão da nacionalidade no âmbito de aplicação ratione materiae do Tratado*». Assim sendo, a não discriminação em razão da nacionalidade seria o «mais fundamental» dos direitos conferidos pelo Tratado e o «factor de base» da cidadania, pois poderia expandir a protecção social proporcionada pelos Estados de acolhimento a qualquer cidadão. Nesta medida, estes poderiam invocar a proibição da discriminação em razão da nacionalidade em todas as situações abrangidas pelo “âmbito de aplicação do direito da União” (O sublinhado é nosso). O Tribunal anunciava que o “direito de residir” (art. 20.º e 21.º TFUE) em qualquer Estado-membro era um direito primário, inseparável da cidadania e autónomo do direito de livre circulação.

Este Ac. abriu o caminho à progressiva autonomização dos direitos de cidadania relativamente ao exercício de atividades económicas,

sua não concessão tivesse um efeito dissuasor sobre o exercício da sua liberdade fundamental. As orientações do último Ac., relativamente ao qual se havia concluído que a liberdade de circulação só poderia ser posta em causa por razões de ordem, segurança e saúde pública, seriam prosseguidas no Ac. de 11/6/2002, *Marie – Nathalie D’Hoop*, proc. C- 224/98, Col. 2002, p. I-6191, sobre o direito a subsídios de inserção e a afirmação do efeito direto do art. 21.º TFUE. De forma mais clarividente, o Ac. de 17/9/2002, *Baumbast*, proc.C-413/99, Col. 2002, p. I-7091, sobre atribuição de direitos de residência, clarifica a aplicação do estatuto de cidadania, ultrapassando a jurisprudência *Martinez*, desligando a cidadania do mercado interno, ou seja, da necessidade do exercício de uma atividade profissional (assalariada ou não assalariada) confirmando o efeito direto do art. 21.º TFUE, e reconhecendo a qualquer cidadão o direito de residência, apenas com base na sua qualidade de nacional de um Estado-membro. Este Ac., desliga, em definitivo, a conexão entre cidadania e livre circulação. No mesmo sentido, *vd* Ac. de 26/10/2006, *Tas-Hagen Tas*, proc. C-192/05, Col.2006, p. I-10451, e Ac. de 2/10/2003, *Garcia-Avello*, proc.. C-148/02, Col. 2003, I. Sobre esta jurisprudência, *vd.* ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, Almedina, 2012 *cit.*, p. 238.

alargando a protecção daqueles direitos relativamente a cidadãos ativos e passivos (economicamente inactivos), e a membros das suas famílias. Reconheceu-se, assim, uma nova qualidade subjectiva aos nacionais dos Estados-membros que decorria directamente do direito primário.

Na verdade, já na jurisprudência *Carpenter*⁴, o Tribunal havia classificado uma medida nacional como restritiva de uma liberdade sem que houvesse deslocação comunitária. A situação da Sra. Carpenter, de nacionalidade Filipina, que havia recebido uma ordem de expulsão do RU, apenas se ligava ao direito comunitário pelo facto de ser casada com um cidadão britânico que possuía uma empresa de serviços no RU. Segundo a Sra. Carpenter, a sua expulsão consubstanciaria uma ingerência no direito ao respeito pela vida familiar, configuraria uma discriminação em função da nacionalidade, e uma situação de discriminação inversa: se o seu marido não fosse britânico tal medida seria um obstáculo ao exercício à livre prestação de serviços de seu marido. Centrando-se na exigência do elemento transfronteiriço de deslocação, o Tribunal observou a medida à luz dos direitos fundamentais. A intensidade do nexó exigível entre a situação concreta e o direito da União afigurava-se ténue: a Sra. Carpenter era casada com um cidadão

⁴ Ac. de 11-7-2002, *Mary Carpenter v, Secretary of State for the Home Department*, proc. C-60/00, Col. 2002, p. I-6279. No mesmo sentido, no Ac. de *Metock*, proc. C-127/08, Col. 2008, p. I-6241, o Tribunal afirmou que os Estados-membros não possuíam competência exclusiva para autorizar ou recusar o direito de entrada e residência de nacionais, membros da família de cidadãos europeus, e nacionais de países terceiros. A não ser assim, o exercício das liberdades económicas sofreria por reflexo. O Ac. prova que o critério de atribuição de direitos é não a nacionalidade mas a residência. *Vd.*, também, Ac. de 12/7/2005, *Schemp*, proc. C-403/03, Col. 2005, p. I-6421 e Ac. de 23/10/2007, *Morgan*, proc. C-11/06, Col. 2007, p. I-9161. No mesmo sentido, o ac. de 2-3-2010, *Rottmann* proc. C-135/98, Col. 2010, p. I-1449. demonstra que o nexó para invocar o direito da União foi dilatando as conexões habitualmente estabelecidas pelo Tribunal para justificar a aplicação do seu padrão de jusfundamentalidade, partindo direta e autonomamente do estatuto de cidadania. O ac. determinou que os direitos de cidadania não implicam que os indivíduos “circulem” para adquirir os direitos que dela advêm destacando o poder autónomo dos Estados para determinar a aquisição e perda de nacionalidade, não regulado pelo direito da União, mas doravante submetido ao respeito pelos direitos decorrentes da cidadania europeia. Por outro lado, desliga o gozo da cidadania, tal como referido no art. 20.º TFUE, da necessidade prévia dos direitos de circulação, solidificando que eles se destinam também a cidadãos estáticos.

que poderia exercer uma liberdade fundamental (prestar ou receber serviços) e a sua expulsão poderia constituir um obstáculo ao seu exercício, pelo que parecia pairar sob campo das probabilidades! O facto é que, relacionando as liberdades económicas com a protecção da vida familiar, o Tribunal obrigou o RU a proteger os nacionais de Estados terceiros familiares de cidadãos europeus. Donde resultou, a final, que um Estado-Membro apenas poderia invocar razões de interesse geral justificativas de medidas nacionais suscetíveis de peareem aquela liberdade, se conformes com os direitos fundamentais garantidos pelo Tribunal! Esta jurisprudência reconheceu o direito à vida familiar como um direito fundamental que fazia parte integrante dos princípios gerais de direito; esbateu o que seriam situações puramente internas; e contribuiu para o carácter dinâmico da cidadania. Destaque-se que o respeito para com os direitos fundamentais pode limitar atitudes de discricionariedade dos Estados, a propósito da restrição das liberdades ou de quaisquer institutos previstos nos tratados.

O Ac. *Zambrano*⁵ prossegue esta tendência atribuindo direitos de cidadania a cidadãos estáticos. Tratava-se de uma situação de discriminação inversa⁶: nacionais belgas privados do direito à reunificação familiar levantam o problema do âmbito dos direitos fundamentais e se os mesmos poderiam ser invocados sem nexos evidente com o direito da União. A questão que se punha era saber se era reconhecido a cidadãos (descendentes menores) um direito de residência no próprio território do Estado-Membro de nacionalidade, independentemente de deslocação. Ademais, a concessão da autorização de residência ao casal determinaria a aplicabilidade dos direitos de cidadania a cidadãos estáticos, por via da proibição da discriminação em razão da nacionalidade, previsto no

⁵ Ac. de 8/3/2011, *Ruiz Zambrano*, proc. C-34/09, Col. 2011, p. I-1177.

⁶ No par. 147 das Conclusões, de 30/9/2010, destaca-se uma situação integrável no art. 52.º, n.º 3 da Carta: «*Quando a discriminação inversa conduziisse a um resultado que fosse considerado uma violação de um direito protegido pelo Tribunal de Estrasburgo, seria, de igual modo, considerado uma violação de um direito protegido pelo nosso Tribunal de Justiça. Assim, o direito da UE assumiria a responsabilidade de remediar as consequências da discriminação inversa causada pela interação do direito da UE com o direito nacional somente nos casos em que essas consequências fossem incoerentes com os níveis de proteção mínimos estabelecidos pela CEDH.*»

art. 18.º do TFUE, interpretado de modo a impedir a discriminação inversa provocada pelo não exercício dos direitos previstos no art. 21.º do TFUE: o direito de circular e o direito de permanecer de forma a desligar o último da dependência do primeiro.

Tratava-se da regularização da família Zambrano, colombiana, portadora de um visto emitido pela embaixada Belga, em Bogotá, com sucessivos pedidos de asilo e de autorização de residência⁷, sucessivamente recusados, com dois filhos (menores) de nacionalidade belga. Os filhos do casal nunca se tinham ausentado do país natal e apenas poderiam lá viver graças ao sustento de seus pais. Discutia-se, portanto, a possibilidade de se ser atribuído a estes o direito fundamental de permanência, por “derivação” dos direitos de seus filhos menores, apesar de estes não terem exercido qualquer liberdade económica. No fundo, estava em causa determinar se a cidadania – integrando uma competência material da União – poderia atribuir por si só, direta e autonomamente, direitos fundamentais (proteção da vida familiar e direitos da criança) advindos da sua dupla previsão nos tratados e na Carta, por via da conjunção dos dispositivos indicados (18.º e 20.º TFUE) com os arts. 21.º, 24.º e 34.º da Carta. Não sendo assim, a expulsão dos pais privaria os filhos, cidadãos europeus, do gozo efetivo dos direitos que decorriam do seu estatuto, assim se ligando uma situação interna ao direito da União, por via da cidadania!

O Tribunal afirmaria que uma medida nacional que tivesse como efeito privar os cidadãos do gozo da substância dos direitos⁸ decorrentes

⁷ O direito de circular, associado ao direito de residência, tinha sido reconhecido no Ac. de 19/10/2004, *Zhu e Chen*, proc. C-200/02, Col. 2004, p. I-9925, atribuindo o direito de permanência ao ascendente, nacional de Estado terceiro, para assim assegurar o efeito útil dos direitos do cidadão europeu. A criança nascera no território de um EM, e adquirira a sua nacionalidade por ter lá nascido, bem como adquirira o direito de residência noutro EM, ainda que filha de chineses. Tal direito foi igualmente reconhecido a sua mãe. Desta forma, a situação de nacionais de Estados-Membros que não fizeram uso do direito de circulação não poderia ser equiparada a uma situação puramente interna.

⁸ *Zambrano*, *cit.*, par. 42: «(...) o art. 20.º TFUE obsta a medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União».

do seu estatuto de cidadania não poderia ser qualificada como uma situação puramente interna, ampliando a aplicação do padrão de jusfundamentalidade da União àquelas medidas. Esta jurisprudência estabeleceu a necessidade de provar a privação do gozo efetivo do direito de circular e de permanecer. Na opinião da Advogada-geral tratava-se, também, de determinar o âmbito de proteção do direito fundamental ao respeito pela vida familiar, consagrado no art. 7.º, cujo exercício resultaria violado pela ordem de expulsão. Deste modo, o Tribunal pronunciar-se-ia sobre se aquele direito poderia ser invocado directamente ou se precisaria de um nexo de ligação ao direito da União. Contudo, uma vez resolvendo positivamente o pedido de Zambrano o Tribunal não se pronunciou quanto àquela questão. Tal como a Advogada-Geral salientara, ao tempo da ocorrência dos factos a Carta não era vinculativa, libertando-o de se pronunciar quanto àquela questão constitucional.

Fosse lá como fosse, o Tribunal foi afirmando – em jurisprudência sucessiva – que não seriam apenas os migrantes as pessoas abrangidas pelo âmbito de aplicação pessoal dos Tratados, pois todos os nacionais dos Estados-membros – ainda que não circulassem – adquiririam direitos, por via directa da cidadania europeia. Neste quadro, doravante, os nacionais dos Estados-membros poderiam: entrar; circular; residir; e obter vantagens sociais nos mesmos termos que os nacionais dos Estados de acolhimento. Pelo que o elo relevante para a determinação do âmbito material do DUE seria a residência e não a nacionalidade.

3. Um sopro da mudança: a relativização da automaticidade e da incondicionalidade do direito de entrar, circular e permanecer

O processo *Zambrano* daria origem a uma sequência de pedidos de decisão prejudicial sobre a interpretação do art. 20.º TFUE, a propósito de uma série de pedidos de autorização de residência e sucessivas recusas e ordens de expulsão do território austríaco. Tais pedidos foram formulados por membros da família de cidadãos que nunca tinham exercido o direito de livre circulação e que vinham solicitar o direito de residência, sob pena de tal recusa conduzir a «*uma privação do gozo*

efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União». Referimo-nos ao processo *Murat Dereci*⁹, e apensos, cuja fundamentação estabeleceu o alcance do ac. Zambrano no que toca à concreção das situações puramente internas.

Depois de concluir que as Diretivas 2003/86 e 2004/38 – relativas ao reagrupamento familiar e ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros – não eram aplicáveis a nacionais de Estados terceiros que tivessem requerido a autorização de residência para se juntarem a cidadãos que nunca haviam exercido a livre circulação, o Tribunal assumiu uma postura de autocontenção. Considerando as situações substancialmente diversas de *Zambrano* – quando avaliou se a recusa de autorização de residência privaria os familiares do gozo efetivo dos direitos de cidadania, por se tratar de uma área politicamente sensível (controlo da imigração) e com reflexo nos direitos sociais – o Tribunal acabou por declarar que lhe incumbia interpretar o direito da União à luz da Carta, no respeito pelos limites das competências, estribando-se numa interpretação restrita do art. 51.º, n.º 2. Naquele contexto, afirmou que a concessão de tal autorização apenas se justificaria se um cidadão se visse obrigado a abandonar a totalidade do território da União.

A apreciação da legalidade da medida de recusa de emissão de um título de residência apenas poderia resultar do nível nacional ou convencional (art. 8.º da CEDH), pois não se demonstrou que a situação se integrava no âmbito de aplicação do DUE. Inexistindo dependência económica dos cidadãos europeus relativamente aos nacionais de Estados terceiros, o Tribunal, no par. 74, decidiu que «(...) o direito da União, (...), deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que um Estado Membro recuse a um nacional de um Estado terceiro a residência no seu território, quando esse nacional pretenda residir com um membro da sua família que é cidadão da União, residente neste Estado Membro, do qual tem a nacionalidade, e que nunca exerceu o seu direito de livre circulação, desde que tal recusa não comporte, para

⁹ Ac. de 15/12/ 2011, *Murat Dereci*, proc. C-265/11, Col. 2011, p. I-11315, par. 33.

o cidadão da União, a privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União (o sublinhado é nosso), o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.». O Advogado-Geral¹⁰ também salientou que o critério Zambrano, não incluía o direito ao respeito pela vida familiar, tal como consagrado na Carta.

Nesta medida, os filhos do casal *Dereci*, cidadãos europeus, em virtude da inexistência da deslocação e de privação do gozo efetivo dos seus direitos, apenas beneficiariam do direito ao reagrupamento familiar se assim o entendessem os tribunais nacionais, nos termos da sua legislação interna e dos seus compromissos internacionais. Outra seria a solução do Tribunal se a mulher de *Dereci* se instalasse noutro país para aí prestar ou receber serviços. Portanto, para esta jurisprudência, apenas o uso das liberdades determinaria a aplicação do nível de protecção assegurado pelos direitos de cidadania incluídos na Carta!

Apesar de paradoxal, temos de concordar que este pensamento é consonante com a interpretação do seu art. 53.º. Porém, por sua via, o Tribunal fez depender o gozo de um direito fundamental reconhecido pela Carta de uma deslocação transfronteiriça, deixando na penumbra o conteúdo do que seja uma privação do gozo efetivo dos direitos essenciais decorrentes da cidadania. Exigindo a prova de um entrave¹¹ ao exercício das liberdades, esta jurisprudência pode ser lida como uma involução¹² da tendência expansionista do Tribunal, assinalando uma maior prudência na delimitação da aplicação pessoal do direito da União, devido ao receio dos sistemas nacionais de segurança social se delapidarem.

O caso *O., S.c. Maahanmuuttovirasto*¹³ cujas dúvidas incidiam sobre a interpretação do art. 20.º TFUE e sobre autorizações de residência

¹⁰ Par. 40 das Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 29/9/2011.

¹¹ Alertando para a maior dificuldade em provar o impedimento do gozo efetivo enunciado em *Zambrano* do que o entrave enunciado em *McCarthy*, *vd.* par. 31, nota 21, das Conclusões do Advogado-Geral MENGIOZZI, de 29/9/2011, *Murat Dereci*, proc. C-256/11, Col. 2011, p. I-11315.

¹² Em sentido oposto, Ac. de 3/6/1974, *Casagrande*, proc. 9/74, Col. 1974, p. I-773 e Ac. de 6/9/2011, *Ivana Scattolon*, Col. C-108/2010, Col. 2011, p. I-7491.

¹³ Ac. de 6/12/2011, *O.S. c. Maahanmuuttovirasto*, proc. C-356/11 e C-357/11, Col. 2011, *in* <http://curia.europa.eu/juris/document/document>.

a título de reagrupamento familiar de nacionais de Estados terceiros, de novo questionava o alcance da decisão *Zambrano*, estreitando a expansividade da jurisprudência anterior. Com efeito, o Tribunal, no par. 38 afirma que «(...) O. e M. não são os pais biológicos das crianças de tenra idade, que são cidadãos da União e das quais essas pessoas pretendem fazer derivar o seu direito a uma autorização de residência. Estes últimos não têm a guarda dessas crianças. Além disso, na medida em que as mães dessas crianças gozam elas próprias de uma autorização de residência permanente na Finlândia, os seus filhos, cidadãos da União, não seriam obrigados a deixar o território da União (o sublinhado é nosso), contrariamente às crianças em causa no processo que deu origem ao ac. Ruiz Zambrano, já referido. Se as mães desses cidadãos da União decidissem deixar o território da União para preservar a unidade familiar, não se trataria de uma consequência inevitável da recusa do direito de residência oposta aos seus cônjuges».

Não obstante, o Tribunal volta a afirmar que a situação de cidadãos estáticos não deve ser equiparada a uma situação puramente interna, pois o seu estatuto é invocável contra o Estado de que são nacionais. Sublinhando a particularidade do caso *Zambrano* relativo à privação do “essencial do gozo efetivo dos direitos conferidos pelo estatuto da União”, o Tribunal vem reafirmar que tal critério apenas poderia ser utilizado nos casos em que as medidas nacionais frustrassem, “em absoluto”, o efeito útil das disposições que se referiam à cidadania. Nessa medida, no par. 56, o Tribunal salienta que «é a relação de dependência (o sublinhado é nosso) entre o cidadão da União de tenra idade e o nacional de um país terceiro a quem um direito de residência é recusado que pode pôr em causa o efeito útil da cidadania da União, dado que é essa dependência que coloca o cidadão da União na obrigação, de facto, de abandonar não só o território do Estado-Membro de que é nacional mas também o de toda a União, como consequência dessa decisão de recusa», razão pela qual se não opunha à decisão nacional de recusa.

Convém precisar que o Tribunal, neste processo, a propósito da apreciação da Diretiva 2004/38, frisou que ela estabelece as condições do reagrupamento familiar de nacionais de Estados terceiros legalmente residentes, devendo ser interpretada de modo a favorecer tal

reagrupamento e impondo obrigações positivas correspondentes aos direitos subjetivos nela enunciados. Assim, por um lado, uma vez que autoriza o reagrupamento a membros da família do requerente salientou que ela não concede margem de apreciação aos Estados; por outro lado, sublinhou que nas matérias de apreciação individualizada (apreciação de recursos estáveis, regulares e suficientes), a sua interpretação não deve prejudicar o seu objetivo e efeito útil, sublinhando que ela respeita os direitos fundamentais e cumpre os princípios consagrados na Carta. Assim, nos termos do art. 52.º, n.º 3 da Carta, o seu art. 7.º, lido em conjugação com o 24.º, n.º 1, impõe um sentido e alcance daqueles direitos correspondentes ao art. 8.º da CEDH, reconhecendo o respeito pela vida privada e familiar e o interesse superior da criança, como critério que deve presidir à sua aplicação! No par. 78 do Ac., o Tribunal exortou a vinculação dos Estados a uma interpretação do seu direito interno de modo conforme aos compromissos do direito da União, e salientou que a interpretação do direito secundário não deve *«entrar em conflito com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da União»*, devendo ser feita à luz da Carta.

Desta forma, bem vistas as coisas, este Ac. ainda concede na possibilidade de expansão dos direitos previstos na Carta, generalizando o controlo indireto do seu padrão de jusfundamentalidade, mediante a obrigatoriedade de aplicação do princípio da interpretação da legislação interna conforme o direito da União – pois só isso se compagina com a dimensão humana da integração europeia. Nas palavras da Advogada-Geral SHARPSTON¹⁴, *«(...) Os cidadãos não são «recursos» utilizados para produzir bens e serviços, mas pessoas vinculadas a uma comunidade política e protegidas pelos direitos fundamentais»*, por isso, *«quando os cidadãos circulam, fazem-no como seres humanos e não como «robots»*. *Apaixonam-se, casam e criam famílias»*.

No ac. *Adzo AloKpa*¹⁵ – que analisava o pedido de residência à Bélgica por parte de uma Togolesa (art.s 20.º e 21.º TFUE articulados com os 21.º, 24.º, 33.º e 34.º da Carta), ascendente de cidadãos menores, de nacionalidade francesa, que nunca tinham circulado – o Tribunal

¹⁴ Conclusões de 30/9/2010, *Zambrano*, proc. C-34/09, Col. 2009, p. I-1177.

¹⁵ Ac. de 10/10/2013, *Adzo AloKpa*, proc. C-86/12.

volta a flexibilizar o critério *Zambrano*. O problema consistia em que a ascendente não se encontrava a cargo dos cidadãos – tal como exigia a Directiva 2004/38 CE – e não havia vida familiar entre *Alopka*, seus filhos e o pai francês. Após ter recordado que os direitos de residência atribuídos a nacionais de Estados terceiros são “derivados” do exercício da livre circulação dos cidadãos e que têm por objectivo não os dissuadir daquele exercício, o Tribunal exorta o tribunal nacional a verificar se os menores dispunham – efectiva e actualmente – de “recursos suficientes e de uma cobertura de doença” – o que não acontecia, pois mãe e filhos estavam a cargo do Estado num lar de acolhimento!

Ora, tal como a advogado-geral salientava, sem a autorização de residência solicitada *Alopka* não poderia beneficiar de uma proposta de trabalho que tinha recebido, assim prejudicando o superior interesse da criança e o respeito pela vida familiar, direitos previstos na CDFUE! Segundo MENGOZZI, a situação de *Alopka* era análoga à jurisprudência *Chen*, não podendo invocar ser ascendente a cargo para beneficiar de um direito de residência derivado no Estado de acolhimento (prevista na então Directiva 90/364). Razão pela qual o direito de residência do progenitor, ainda que derivado, deveria ter como fundamento directo o art. 21.º TFUE (considerando 40 e 45 das Conclusões). Concedendo a autorização de residência a *Alopka*, esta poderia – na prática – assegurar a guarda efectiva dos seus filhos menores, cidadãos franceses, tornando possível garantir os seus recursos futuros e viabilizar a condição dos «recursos suficientes», prevista no art. 7.º, n.º 1, al. b) da Directiva 2004/38! Solução, aliás, preconizada no Ac. *Iila*.¹⁶

É verdade, que o Tribunal questionou a necessidade do abandono do espaço da União, mas uma vez concluindo que a Togolesa poderia – por direito derivado da cidadania de seus filhos – residir em França e trabalhar no Luxemburgo, acaba por não ir contra a recusa Belga de lhe conceder residência no seu território. Segundo o Tribunal – tal recusa não privaria os menores do gozo efectivo dos direitos conferidos pela cidadania, pois assiste a qualquer nacional o direito incondicional de aceder e residir no território da sua nacionalidade (França), e outra

¹⁶ Ac. de 8/11/2012, Yoshikazu Iida, proc. C- 40/11.

coisa não seria coerente nem com os direitos que decorrem do art. 21.º TFUE, nem dos compromissos da CEDH – em concreto com o art. 3.º do Protocolo n.º 4, anexo à Convenção de Roma de 1950.

4. A marca da crise: a interpretação restrita dos direitos fundamentais que integram a faceta social da cidadania

Portanto, mesmo na jurisprudência anterior o Tribunal avaliou o impacto negativo que a medida de recusa de residência na Bélgica poderia ter a nível do direito fundamental de cidadania que assistia aos menores – no caso cidadãos franceses.

Mais recentemente – apesar do Tribunal vir afirmando que os cidadãos (estáticos e activos) são abrangidos pelo âmbito pessoal dos Tratados, englobando nos direitos associados ao seu estatuto o direito de entrar, circular, residir, e obter prestações sociais de carácter não contributivo, usufruídos nos mesmos termos dos nacionais dos Estados de acolhimento – temos de registar que aquela instituição se mostra receosa em atribuir o direito de prestações sociais aos cidadãos economicamente inactivos, pondo em causa o princípio da solidariedade que deve estar presente no DUE.

Neste quadro, *Dano*¹⁷, cidadã romena e mãe de um filho menor – não obstante invocar o princípio da não discriminação e o direito de permanência resultante do art. 20.º TFUE – viu ser-lhe negada a sua pretensão de recebimento de prestações sociais asseguradas pela legislação alemã. Munida de uma declaração de residência de duração ilimitada *Dano* não tinha formação escolar, não se exprimia em alemão, nunca tinha procurado trabalho e vivia das prestações sociais que recebia pelo filho. Sendo certo que o art. 24.º, n.º 2 da Directiva 2004/38 concretiza uma derrogação ao princípio da igualdade de tratamento contemplado no art. 18.º TFUE, de que o n.º 1 do art. 24.º constitui concreta expressão; e que a Senhora *Dano*, residente há mais de três meses e menos de cinco anos na Alemanha, nunca tinha procurado emprego e que, por essa circunstância, se situava na previsão do art.

¹⁷ Ac. de 11/11/2014, Elisabete Dano, proc. C-333/13.

7.º, n.º 1, al. b) do mesmo dispositivo – o Tribunal decidiu que ela não possuía recursos suficientes, nem assistência médica, pelo que a sua residência – nos termos do considerando 10 da Directiva – poderia tornar-se uma sobrecarga não razoável para a segurança social alemã.

Portanto, a questão que aqui se levantava era se os Estados poderiam excluir cidadãos carenciados de «prestações pecuniárias especiais de carácter não contributivo», atribuídas a nacionais em idêntica situação, questão a que o Tribunal respondeu afirmativamente no caso de tais cidadãos não preencherem os requisitos de residência legal, nos termos exigidos pelo direito derivado. Com esta decisão o Tribunal regressa à dicotomia cidadãos activos e não activos! Na verdade, relativamente aos primeiros a Directiva proclama que quem exerce actividade profissional (ou membros familiares), beneficia de um direito de residência incondicional (considerando 18 e art. 16.º, n.º 1 da Directiva). Já relativamente aos segundos, sublinha a necessidade de recursos suficientes, conforme estipula o n.º 1, al. b) do art. 7.º daquele diploma (considerando 78 do Ac. *Dano*). Assim sendo, nos três primeiros meses, (art.s 6.º, 14.º, n.º 1 da Directiva), ou antes de adquirir residência permanente, o benefício da residência encontra-se subordinado ao previsto no art. 7.º, n.º 1, al. b) e 14.º, n.º 2 daquele diploma, libertando os Estados da obrigatoriedade da concessão daquelas prestações. O que é dizer que o Direito da União admite a diferenciação entre os cidadãos europeus consoante as suas disponibilidades financeiras.

Com esta decisão o Tribunal, em 2014, pretendia demonstrar que a cidadania não deveria ser instrumentalizada à captura de benefícios sociais, circunstância que – quer se goste quer não – condiciona o direito de residência dos cidadãos estáticos que não disponham de recursos suficientes e perturba o núcleo do direito fundamental de livre residência, consagrado no art. 21.º, n.º 1 TFUE e no 45.º, n.º 1 da Carta. O Tribunal escuda a sua posição no n.º 2, do art. 20.º TFUE, quando afirma que estes direitos são «*exercidos nas condições e limites de definidos pelos tratados e pelas “medidas” adoptadas para a sua aplicação*», e relembra que o próprio art. 21.º, n.º 1 TFUE, subordina a liberdade de circulação às «*limitações e condições previstas no Tratado e nas disposições adoptadas em sua aplicação*».

Mediante tais considerações, o Tribunal afirma que a concessão de tais vantagens, naquele período temporal, não caberia no âmbito de aplicação do DUE (Carta incluída) mas sim no âmbito de competência do legislador nacional, pois só ele poderia estabelecer o alcance da cobertura social das prestações por si atribuídas. A não ser assim, poder-se-ia verificar uma deslocação de pessoas na Europa, em busca de melhores condições de vida – o que é dizer: “turismo social”. Desta forma, o Ac. determinou que as “prestações de assistência social” de carácter não contributivo apenas devem ser concedidos aos residentes que cumpram as condições da Directiva, evitando que cidadãos economicamente inactivos utilizem os sistemas de cobertura social dos outros Estados como meio de sobrevivência.

Prosseguindo nesta posição, também em 2014, o Tribunal vem negar a mesma pretensão a *Alimanovic*¹⁸, de nacionalidade Bósnia e residente na Suécia, que tinha trabalhado menos de um ano e se encontrava a procurar emprego na Alemanha, não sem antes ter qualificado aquela vantagem como prestação de assistência social, na aceção da mesma Directiva. Considerando tais prestações destinadas a quem não dispõe de recursos suficientes para a sua sobrevivência e, por consequência, podendo os requerentes (*Alimanovic* e três filhos) transformar-se numa sobrecarga para as finanças do Estado de acolhimento, o Tribunal reconheceu, uma vez mais, fundamento para a sua negação. No seu articulado, o Tribunal afirma que devido à Senhora *Alimanovic* ter exercido empregos de curta duração, o princípio do tratamento nacional não seria ofendido, dado que os requisitos para a residência legal não se encontrarem cumpridos em termos temporais. Em concreto no considerando 60, o Tribunal aproveitou para recordar que a Directiva, «*estabelece um sistema gradual de manutenção do estatuto de trabalhador que visa perenizar o direito de residência e o acesso às prestações sociais, tomando em consideração diferentes fatores (...), designadamente, a duração do exercício de uma atividade económica*».

Este entendimento fundamentou idêntica recusa, ao companheiro e ao filho de *Jovana García-Nieto*,¹⁹ de nacionalidade espanhola.

¹⁸ Ac. de 15/9/2015, *Nazifa Alimanovic*, porc. C-67/2014.

¹⁹ Ac. de 25/2/2016, *Jovana García-Nieto*, proc. C- 299/14.

Saliente-se, sem prejudicar, que o advogado-geral WATHELET alertou que o princípio da igualdade impunha que «as autoridades nacionais competentes» não excluíssem automaticamente um cidadão (requerente) de tais benefícios (prestação de assistência social), mesmo durante os primeiros três meses, sem exaurirem as possibilidades de demonstração do vínculo real com o mercado geográfico de trabalho onde se encontrassem. Na realidade, *Jovana* trabalhava efectivamente na Alemanha (num restaurante) e o processo revelava a existência de laços de natureza familiar do requerente para com o restante agregado.

Ora, de acordo com a opinião do advogado-geral os elementos resultantes do contexto pessoal e familiar deveriam integrar o conceito de vínculo exigível a apreciar por parte das jurisdições nacionais, no respeito do princípio da proporcionalidade. Ademais, o advogado-geral salienta que o art. 45.º, n.º 2 TFUE se opõe à retirada do benefício de certas prestações não contributivas (art. 70.º do Reg. 883/2004) destinadas a facilitar o acesso de cidadãos ao mercado de trabalho de outros Estados, sem lhes dar hipótese de demonstrarem o vínculo real com o mercado de trabalho do Estado de acolhimento – o que era o caso do companheiro de *Jovana*. Apresentadas tais conclusões em 4 de Junho de 2015, estamos em crer que WATHELET, apesar de não ir contra as conclusões nos processos anteriores, não fechou a janela da humanização para que “eles” sejam ainda uma parte de “nós”.

Todavia, já sabemos que o Tribunal reiterou a jurisprudência anterior afirmando que um Estado-membro pode excluir certas prestações de assistência social, destinadas à subsistência a cidadãos que procuram emprego durante os primeiros três meses de permanência. Com efeito, a Interpretação dos arts 18.º e 45.º, n.º 2, TFUE, dos arts 4.º e 70.º do Reg. n.º 883/2004, de 29 de abril de 2004, (coordenação dos sistemas de segurança social), coordenada com n.º 2, do artigo 24.º, da Directiva 2004/38/CE, permite a não concessão de tais prestações a quem se encontre numa situação subsumível na previsão do art. 6.º, n.º 1, da Directiva 2004/38 do PE – o que era o caso do companheiro e do filho de *Jovana*.

As inquietudes do tribunal e a opção pela interpretação restrita do direito derivado aplicável estão bem patenteadas no considerando 50 do Ac. quando afirma: «(...) *no que respeita ao exame individual destinado*

a proceder a uma apreciação global do encargo que representaria em concreto a concessão de uma prestação para todo o sistema nacional de assistência social em causa (o sublinhado é nosso), importa recordar que a ajuda concedida a um único requerente dificilmente pode ser qualificada de «sobrecarga não razoável» para um Estado-Membro, na aceção do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38, na medida em que é suscetível de recair sobre o Estado em causa não depois de lhe ter sido apresentado um pedido individual, mas após o somatório da totalidade dos pedidos individuais apresentados (v. acórdão Alimanovic, C-67/14, EU:C:2015:597, n.º 62)».

5. Breve conclusão

O estatuto da cidadania desempenha o papel de propulsor do processo de integração europeia, circunstância que levou Tribunal a utilizá-la como o instrumento legitimador para a sua progressiva concretização. Nesse quadro, o direito de residência permanente materializa a total integração de um cidadão nacional de um Estado-membro no território de outro. Por isso, ainda que a implementação destes direitos implique consequências nos regimes de segurança social dos Estados de acolhimento, é preciso dar como assente que são os direitos de cidadania – nas suas múltiplas facetas – que transportam e viabilizam a Europa dos cidadãos e a construção da identidade europeia.

Ora, nos tempos que correm questiona-se se a Europa poderá continuar a trilhar os caminhos expansivos que o Tribunal foi apontando aos cidadãos que livremente nela circulavam. Por isso, não nos causa estranheza que o guardião da legalidade da União comece a dar sinais contrários à consolidação dos direitos e princípios fundamentais que tenham conexão com a “cidadania social”. Com efeito – ainda que os dispositivos da Carta dedicados à Igualdade, à Cidadania e à Solidariedade constituam um estímulo para a aprovação de políticas sociais a desenvolver a nível da União, neles se encontrando um enorme potencial para o aprofundamento da integração e da identidade social europeia – temos de registar que o percurso recente do Tribunal tem revelado a tensão entre o que proclama o direito originário (Carta

incluída) e o direito derivado, de que a Directiva 2004/38 constitui o melhor paradigma. Também neste domínio as respostas do Tribunal deixarão marcas indeléveis na economia dos Estados-Membros confrontados com crises imparáveis.

Porém, é nossa convicção que os sinais de intolerância que se têm vindo a sentir apenas se ultrapassarão se a identidade europeia se reafirmar. Limitações temporais e económicas dos períodos de residência são – na prática – restrições à liberdade fundamental de circular e de residir que implicam que o TJUE reconheça espaço para as opções político-legislativas dos Estados-membros no que concerne à utilização dos seus recursos públicos. Todavia, sendo a cidadania o estatuto fundamental dos cidadãos o seu exercício não pode deixar de comportar um certo grau de solidariedade transnacional entre os sistemas de segurança social. Por isso, estamos em crer que – não obstante as preocupações da sustentabilidade económica e a inexistência de uma concepção europeia sobre protecção social dos cidadãos – o «estatuto fundamental dos cidadãos» tem de se ancorar na ideia de que apenas uma cidadania inclusiva poderá contribuir para um espaço verdadeiramente comum. Assim sendo, apenas a aplicação de todas as virtualidades contidas na Carta, em especial a interpretação sistemática das suas disposições horizontais, poderá densificar uma cidadania verdadeiramente transversal e pós-nacional.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: fatima.pacheco@live.com.pt

O rompimento da barragem de Fundão e a destruição do patrimônio cultural do distrito de Bento Rodrigues¹

The breaking of the Fundão dam and the destruction of cultural heritage of the Bento Rodrigues district

MARINA DE MACÊDO CARVALHO²
NATÁLIA DE SOUZA LISBÔA³

Resumo: O distrito de Bento Rodrigues, pertencente à cidade de Mariana no Estado de Minas Gerais, com pouco mais de 600 moradores, no dia 05 de novembro, foi cenário do maior desastre ambiental brasileiro. A Barragem de Fundão, pertencente à empresa Samarco S.A., controlada pelas acionistas BHP Billiton Brasil Ltda. e Vale S.A., rompeu-se, soterrando mais de 300 anos de história. A Igreja de São Bento, datada do período colonial brasileiro, um dos mais importantes bens culturais da região, foi completamente coberta pela lama. Assim como os monumentos históricos edificados, o estilo de vida dos moradores cujas atividades econômicas eram baseadas na agricultura familiar e de subsistência foram destruídos em poucos minutos pelo rastro de lama de rejeitos que hoje chega ao oceano. A partir da análise do caso do rompimento da Barragem de Fundão, tem-se por objetivo realizar o estudo das dimensões do desastre ambiental e os danos causados diretamente nos Rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce. Partindo dos princípios da precaução e da prevenção previstos na Declaração do Rio sobre

¹ Entregue: 3.1.2017; aprovado: 14.3.2017.

² Mestre em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto-UFOP. Especialista em Gestão Ambiental pela Faculdade Unileste. Assistente Técnica em Gestão e Tecnologia no Núcleo de Inovações Tecnológicas e Empreendedorismo-NITE/UFOP.

Endereço eletrônico: marinamacedo.escv@gmail.com. Whatsapp: +553175629151

³ Doutoranda em Direito Internacional pela PUC Minas. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV/ES. Professora Assistente II do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Socioambientais da UFOP – GEPSA.

Endereço eletrônico: natalialisboa@gmail.com. Whatsapp: +553199661415.

Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU, 1992) nos casos de danos ambientais que atinjam o patrimônio cultural, serão analisadas as medidas tomadas por parte do Estado de Minas Gerais e por parte da empresa Samarco S.A., causadora do dano em comento. Nesse contexto surgem as flexibilizações na legislação ambiental e nas concessões para a exploração mineral e consequentemente impunidade de desastres ambientais como o episódio do rompimento da Barragem de Fundão.

Palavras-chave: *Patrimônio Cultural; Desenvolvimento Sustentável; Bento Rodrigues; Barragem de Fundão.*

Abstract: The district of Bento Rodrigues, belonging to the city of Mariana in the State of Minas Gerais, with a little more than 600 residents, on November 5, was the scene of the biggest Brazilian environmental disaster. The Fundão Dam, belonging to the company Samarco S.A., controlled by the shareholders BHP Billiton Brasil Ltda and Vale S.A., broke up, buried more than 300 years of history. The Church of São Bento, dating from the Brazilian colonial period, one of the most important cultural assets of the region, was completely covered by mud. Like built-up historical monuments, the lifestyle of the residents whose economic activities were based on family farming and subsistence were destroyed in a few minutes by the tailings mud trail that now reaches the ocean. From the analysis of the case of disruption of Fundão Dam, this study aim to analyze the dimensions of the environmental disaster and the damage caused directly in the Gualaxo do Norte, Carmo and Doce rivers. Based on the principles of precaution and prevention provided in the Rio Declaration on Environment and Development (UN, 1992) in cases of environmental damages that affect Cultural property, will be analyzed the measures taken by the State of Minas Gerais and by the company Samarco S.A., which caused the damage in question. In this context, there are flexibilizations in environmental legislation and concessions for mineral exploration and, consequently, impunity for environmental disasters such as the episode of the Fundão dam rupture.

Key words: *Cultural heritage; Sustainable development; Bento Rodrigues; Fundão dam.*

1. Introdução

A partir da análise do caso do rompimento da Barragem de Fundão, tem-se por objetivo realizar o estudo das dimensões do desastre ambiental e os danos causados diretamente nos Rios Gualaxo do Norte, Carmo

e Doce, a violação dos direitos humanos dos atingidos e a destruição do patrimônio cultural do distrito de Bento Rodrigues.

O modelo de *commodities* adotado pelos governos brasileiros ao longo de sua história, cuja exploração rápida de produtos *in natura*, com pouca industrialização voltados para exportação, demonstra a subjugação nacional frente aos cartéis e grandes corporações. Nesse contexto surgem as flexibilizações na legislação ambiental e nas concessões para a exploração mineral e consequentemente desastres ambientais como o episódio do rompimento da Barragem de Fundão o qual será analisado a seguir. Os lucros são privatizados, enquanto os danos socioambientais são sofridos por todas e todos.

2. A Samarco S/A e o rompimento da barragem de Fundão

2.1. A Samarco S/A – Breve apresentação

A Samarco Mineração S/A é uma empresa brasileira de mineração, fundada em 1977, de capital fechado, controlada em partes iguais por dois acionistas: BHP Billiton Brasil Ltda. e Vale S.A. (Samarco Mineração, 2008). Inicialmente ela foi constituída pela Samitri e pela *Marcona Internacional* em 1973, iniciando suas operações de extração de minério de ferro, transporte dutoviário, pelotização e transporte transoceânico em 1977 (Samarco Mineração, 2008). Em 1984, o grupo anglo-australiano BHP Billiton adquiriu a Utah Internacional, controladora da *Marcona Internacional*, no esteio de recordes de produção e venda da Samarco. Já em 1986, a empresa iniciava a distribuição de dividendos aos seus acionistas.

A empresa Samarco S/A é uma *joint venture* das empresas Vale e BHP Biliton. Esse modelo estratégico de parceria empresarial é muito comum no cenário econômico recente e é uma figura jurídica que contempla as associações e as alianças estratégicas entre empresas. Sua aplicação estende-se desde um simples contrato de colaboração, até a união total de sociedades numa única empresa (MARTINS, 2015). Esse tipo de constituição é entendida como uma forma de minimizar reponsabilidades civis, penais e ambientais, por existir um empresa



FIGURA 1: Mapa da Bacia do Rio Doce, com destaque à bacia do Rio do Carmo. Extraído de BARBOSA, 2004.

constituída, mas algumas decisões administrativas serem tomadas pelas empresas constituintes.

2.2. As bacias do Rio do Carmo e Rio Doce

O rio do Carmo corre por uma extensão de 134km e, junto à cabeceira, tem como principais formadores o ribeirão do Funil e o córrego do Tripuí, que nascem no município de Ouro Preto, na Serra do Veloso. Essa serra é um divisor de águas de dois principais rios do estado, o Doce e o rio das Velhas. Sua foz está no município de Rio Doce, na confluência com o rio Piranga, quando formam o rio Doce. Entre seus afluentes, destacam-se, pelo porte, os rios Gualaxo do Norte, pela margem esquerda e Gualaxo do Sul, pela margem direita. (fig. 1).

A bacia hidrográfica do rio Doce compreende uma área de drenagem de 83.000 km², dos quais 86% pertencem ao Estado de Minas Gerais

e 14% ao Estado do Espírito Santo. A bacia do rio Doce abrange atualmente 230 municípios, e que têm cerca de 3100000 habitantes, sendo que a população urbana representa 68,7% do total (IBGE, 2013).

O rompimento da barragem de rejeitos afetou um total de 679 km de rios, sendo 114 km entre a barragem de Bento Rodrigues até a represa da Usina Condonga, e outros 564 km entre a usina e a foz do Rio Doce no oceano, em Linhares, no Espírito Santo. (SOS MATA ATLÂNTICA, 2015)

Os dados sobre a qualidade da água nos rios afetados após o rompimento da Barragem de Fundão, ainda são preliminares e tanto empresas contratadas pela Samarco, órgãos governamentais, grupos independentes e universidades já emitiram relatórios parciais. Tais relatórios indicam aumento significativo de turbidez e alguns afirmam a presença de metais pesados ao longo de toda a bacia do Rio Doce.

2.3. O rompimento da Barragem de Fundão

No dia 05 de novembro de 2015 a barragem de rejeitos de Fundão (Fig. 2), pertencente à empresa Samarco Mineração S/A, rompeu-se provocando o derramamento de cerca de 6,2 milhões de metros cúbicos de rejeito inerte da mineração de minério de ferro no rio do Carmo, este um importante afluente do Rio Doce. A tragédia, que aconteceu por volta das 16h20min, soterrou o distrito de Bento Rodrigues (Fig. 3), pertencente à cidade de Mariana, causando 20 mortes e enormes prejuízos à diversas comunidades ao longo da micro bacia do Rio do Carmo, chegando à Bacia do Rio Doce, onde continuou seu rastro de lama e destruição até chegar ao oceano Atlântico.

A lama de rejeitos devastou 663 km nos rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce percorrendo 879 km até chegar ao Oceano Atlântico, onde adentrou 80 km² ao mar. Distritos e povoados foram completamente devastados pela lama. Depois de destruir o Distrito de Bento Rodrigues, a enxurrada de lama de rejeitos das barragens atingiu as seguintes localidades: Camargos, Cláudio Manuel, Paracatu de Cima, Paracatu de Baixo, Pedras, Barretos, Gesteira, Barra Longa, Santa Cruz do Escalvado, Belo Oriente, Periquito, Pedra Corrida,



FIGURA 2: Indicação da barragem de rejeito e o distrito de Bento Rodrigues. Extraído de NASA, 2015.



FIGURA 3: Distrito de Bento Rodrigues após o rompimento da barragem de Fundão. Extraído de NASA, 2015.

Alpercata, Governador Valadares, Tumiritinga, Galileia, Resplendor, Quatituba, Itueta, Aimorés, Baixo Guandu, Colatina, Marilândia, Linhares, Regência e Povoação..

O saldo é de 20 pessoas mortas, mais de 1.200 pessoas desabrigadas, mais de 1500 hectares de terras destruídas, incluindo parques estaduais e unidades de conservação (Parque Estadual do Rio Doce; Parque Estadual Sete Salões; Floresta Nacional Goytacazes; e o Corredor da Biodiversidade Sete Salões-Aymoré). Pescadores, ribeirinhos, agricultores, assentados da reforma agrária e populações tradicionais, como o povo indígena Krenak, e moradores das cidades ao longo dos rios atingidos foram imensamente lesados (POEMAS, 2015).

A maior parte dos danos ambientais são irreparáveis e incalculáveis. Apesar do grande esforço de pesquisadores, especialistas e técnicos em diversas frentes para conhecer e tentar mitigar os impactos negativos, novos danos surgem a cada dia.

O rompimento da barragem de Fundão é a maior tragédia ambiental do Brasil, podendo ser considerada um marco no fim do megaciclo das *commodities* no país, este começado por volta dos anos 2000 (POEMAS, 2016. p. 5), acentuando de forma concreta a grave crise mundial provocada pelo capitalismo. Este megaciclo pode ser associado ao período entre 2003 e 2013, quando as importações globais de minérios saltaram de US\$ 38 bilhões para US\$ 277 bilhões (POEMAS, 2015. p. 15). De acordo com *Trade Maps*, em 2013, apenas cinco países foram responsáveis por dois terços das exportações globais de minérios, tendo o Brasil se destacado em segundo lugar, e respondendo por 14,3% das exportações de minério no mundo (ITC, 2015).

Relatórios de várias entidades não governamentais e diversos grupos de pesquisas em universidades brasileiras indicam que existe uma relação estrutural entre eventos de rompimento de barragens de rejeitos e os ciclos econômicos da mineração. Análises mais profundas indicam que existe um aumento do risco de rompimento de barragens nos ciclos pós aumento do preço do minério de ferro: “Essa relação estaria associada à aceleração dos processos de licenciamento ambiental e à pressão sobre os órgãos licenciadores na fase de preços elevados, bem como à intensificação da produção e pressão por redução de custos no período de redução dos preços.” (POEMAS, 2015. p.5). O modelo de

desenvolvimento adotado no país, ao longo do tempo, determina de forma cruel o papel do Brasil no mundo, sendo que essa herança de uma política *diktat* semicolonial não agrega valor aos produtos gerando riqueza para os países “compradores” que beneficiam os produtos e os fazem retornar com suas altíssimas taxas de lucro subsumidas.

2.4. O direito ambiental e as violações dos Direitos Humanos

O caso do rompimento da Barragem de Fundão foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, juntamente com outros doze casos emblemáticos da recorrência de violações de direitos humanos em projetos de mineração no Brasil, sendo que a solicitação de audiência temática “Afetações aos Direitos Humanos devido à Mineração no Brasil” fora assinada por oito entidades de pesquisa e defesa dos direitos humanos, tendo sido concedida e realizada no dia 08/06/2016, em Santiago, no Chile.

As principais violações indicadas são em relação à omissão do Estado brasileiro quando do licenciamento ambiental e a fiscalização das atividades minerárias, chamando a atenção para a regulação insatisfatória e a fiscalização insuficiente que garantem às megacorporações mineradoras lucros altíssimos, incluindo também o pagamento de poucos tributos. A utilização do Direito Internacional é primordial para garantir que os Estados possam continuar tendo sua existência autônoma e ao mesmo tempo participarem das relações internacionais, principalmente para proteção dos direitos humanos.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 determinou em seu art. 225 um meio ambiente ecologicamente equilibrado como mais um dos direitos e garantias fundamentais que integra o rol do art. 5º do mesmo documento legal. Dessa forma, é evidente o contato entre direitos fundamentais do ser humano e as normas de proteção ao meio ambiente. José Afonso da Silva também posicionando nesse sentido, afirma:

A proteção ambiental, abrangendo a proteção da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e a manutenção do equilíbrio

ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. (SILVA, 2002. p. 58)

No entanto, verifica-se que o caso do rompimento da Barragem de Fundão não é um caso isolado, sendo apresentado como um reflexo do modelo desenvolvimentista e agroexportador brasileiro, baseados exclusivamente na ótica do capital. Com isso, a atividade mineradora da forma que é realizada hoje no Brasil viola principalmente os direitos humanos à moradia, ao trabalho digno, à integridade cultural, à vida, ao território e à consulta livre, previa e informada das populações indígenas.

3. O subdistrito de Bento Rodrigues

O pacato vilarejo de Bento Rodrigues que possuía pouco mais de 600 habitantes, foi destruído pela avalanche de rejeitos da barragem de Fundão no dia 05 de novembro de 2015. O subdistrito pertencente ao distrito de Santa Rita Durão, se vinculava administrativamente ao município de Mariana, Estado de Minas Gerais, foi um importante polo da mineração no século XVIII e continha ainda edificações desse importante período da história brasileira. O subdistrito ainda com características de vilarejo, tinha como santo padroeiro São Bento que dava nome à capela. O patrimônio religioso edificado não era tombado pelo IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), mas fazia parte do inventário municipal, onde são catalogados bens materiais de Mariana para posterior processo de acautelamento federal.

Esse patrimônio local possuía um altar esculpido em madeira e abrigava a imagem de São Bento, uma obra de arte de 60 centímetros de altura, talhada em madeira e banhada a ouro, que integrava o acervo da capela ao lado das imagens de Senhora do Rosário e Senhor dos Passos e mais 30 peças antigas, algumas banhadas em prata. Uma cruz de prata identificada como pertencente ao acervo foi encontrada quilômetros depois no mar de lama.

A fala popular na região defende a construção da capela em 1718, mas para citar de forma categórica a data de construção, seria necessário um estudo mais profundo de fontes primárias, mas é certo, conforme afirma Chaves *et. al.* em seu trabalho sobre a cidade de Mariana, o povoado de Bento Rodrigues já encontrava-se como arraial subordinado à Vila de Ribeirão do Carmo (atual cidade de Mariana) em 1750 (CHAVES *et. al.*, 2012).

A festa ao santo padroeiro era uma das festividades que alegravam o local e era comemorada no final do mês de julho, sempre com procissão, onde a imagem seguia por toda a cidade, acompanhada de seus fiéis. Também se encontrava no distrito, a Igreja de Nossa Senhora das Mercês que foi poupada da tragédia por ficar na parte mais alta do antigo povoado.

Da capela de São Bento, erguida no século XVIII, sobrou apenas a estrutura como pode ser observado nas figuras 4 e 5.

No recorte dos setores censitários de 2010 do IBGE, o povoado de Bento Rodrigues está circunscrito quase que plenamente a um único setor, com algumas poucas habitações fora deste polígono, porém em quantidade inexpressiva. No entanto, apesar do setor censitário destacar uma população total de 492 habitantes para Bento Rodrigues em 2010. Esse número é menor do constante no Estudo de Impactos Ambientais realizado em 2005 para a expansão da barragem (585 moradores estimado pelo EIA em 2005), conforme atestado por Mansur *et al.* (2016).

Outro orgulho patrimonial de quem vivia na comunidade era a geleia de pimenta biquinho. A iniciativa é da Associação dos Hortigranjeiros de Bento Rodrigues (AHOBERO) que, fundada em 2002, tinha o objetivo de vender verduras e legumes processados. Porém, houve alguns problemas com o terreno onde ficava a plantação e as atividades foram suspensas. Em 2006, com a consultoria da EMATER-MG, as associadas começaram a vender a pimenta biquinho em conserva. Com o excedente começaram a produzir a geleia que teve grande saída.

Com o rompimento da barragem, o prédio da associação manteve-se intacto, com a maior parte de seus equipamentos e ferramentas preservados. Foi conservada também uma quantidade considerável (700 kg) da matéria-prima principal, apimenta biquinho, usada na produção da geleia. Infelizmente, parte dos equipamentos e ferramentas,



FIGURA 4: Capela de São Bento em Bento Rodrigues. Reprodução Google Street View. Jul.2012.



FIGURA 5: Capela de São Bento, Bento Rodrigues. Foto de Avener Prado/Folhapress. Dez.2015.

que sobreviveram à destruição de Bento Rodrigues, foi levada por saqueadores, antes que a entidade tivesse acesso ao local. (AHOBERO, 2016). Parte da matéria prima foi recuperada.

O atual sítio eletrônico da geleia de pimenta biquinho foi desenvolvido pelo setor de Tecnologia da Informação (TI) do Instituto Centro de Capacitação e Apoio ao Empreendedor (Centro CAPE), com apoio financeiro do Governo de Minas Gerais e da Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais (Codemig).

3.1. Impactos socioambientais do Rompimento da Barragem

Bento Rodrigues, Paracatu de Baixo, Gesteira, a cidade de Barra Longa e outros cinco povoados no distrito de Camargo, em Mariana, foram arrasados pela lama, causando a morte de 20 pessoas em Bento Rodrigues. Mais de 1.200 pessoas ficaram desabrigadas. Pelo menos 1.469 hectares de terras ficaram destruídos, incluindo áreas de proteção permanente (APPs) e unidades de conservação (UCs), como por exemplo o Parque Estadual do Rio Doce; o Parque Estadual Sete Salões; a Floresta Nacional Goytacazes; e o Corredor da Biodiversidade Sete Salões em Aymoré. (MANSUR *et al.* 2015)

Os prejuízos ainda sem possibilidade de contabilização, prejudicaram pescadores, ribeirinhos, agricultores, assentados da reforma agrária e populações tradicionais, como os indígenas do povo Krenak, e aos moradores das cidades ao longo dos rios atingidos. Sete cidades mineiras e duas capixabas tiveram que interromper o abastecimento de água. Trinta e cinco municípios de Minas Gerais ficaram em situação de emergência ou calamidade pública e quatro do Espírito Santo sofreram diretamente com os impactos do rompimento da barragem.

4. Os princípios da precaução e prevenção

Precaução relaciona-se a tomada de ações antecipatórias para a proteção do meio ambiente a precaver consequências à saúde ou bem estar humano. Na era moderna, o Princípio da Precaução foi

primeiramente cunhado e consolidado nos anos 70 na Alemanha, conhecido como *Vorsorge Prinzip*. Este fora mencionado pela primeira vez na Declaração de *Wingspread* (1970), onde definia: “Quando uma atividade representa ameaças de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo se algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidos cientificamente” (ANTUNES, 2001. P. 58). Pouco mais de 20 anos depois, tal princípio estava estabelecido em todos os países europeus.

Também 20 anos depois da primeira Conferência das Nações Unidas para o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, em sua Declaração definiu em seu princípio 15:

(...) o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (ONU, 1992)

Importante destacar o valor desse princípio como fundamental na área do direito ambiental. Ele visa evitar a ocorrência de danos ambientais, mesmo diante da incerteza científica absoluta, não podendo ser usada tal falta de certeza para a continuidade das atividades impactantes.

No Brasil, o princípio da precaução foi introduzido pela Lei 6.938/81, conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente, onde estabeleceu como um de seus objetivos no artigo 4º: “a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico e a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente” (BRASIL, 1981). Para atingir este objetivo a lei previu o instrumento Avaliação de Impactos Ambientais, que tem como uma de suas figuras o Estudo de Impacto Ambiental.

Segundo Machado (2002) a aplicabilidade do princípio da precaução está intimamente relacionada ao estudo de impacto ambiental, pois sua concepção baseia-se na prevenção. A partir do diagnóstico da

importância e amplitude de um determinado risco, é possível definir os meios para evitá-lo. Destaca o autor que, ao se adotar o conceito de atividade “potencialmente” causadora de degradação, a legislação brasileira incluiu a obrigatoriedade de se analisar o dano incerto. Por outro lado, o Estudo Prévio de impacto Ambiental ao dispor sobre a necessidade de se contemplar as alternativas tecnológicas e locacionais, confrontando com a hipótese de não execução do projeto, expressa uma posição de cautela, prevenção contra os riscos incertos que determinada atividade pode acarretar.

Contrariando esses princípios, o governador do estado de Minas Gerais, no dia 20 de setembro de 2016, promulgou o decreto n. 500, que dispõe sobre a requisição administrativa de terreno localizado no Município de Mariana, para implantação do Dique S4 (MINAS GERAIS, 2016), sem a devida análise dos impactos ambientais e da consulta aos moradores do subdistrito de Bento Rodrigues.

5. Considerações finais

As cerca de 600 pessoas que viviam em Bento Rodrigues tinham uma vida pacata. Apenas uma pequena parte de seus moradores trabalhavam em empresas terceirizadas da Samarco enquanto a maior parte utiliza-se da agricultura familiar de subsistência para sobrevivência. A pesca era outro atrativo do povoado, que seduz moradores da região em busca de lambaris, tilápias e traíras.

Para garantir os níveis de lucratividade e principalmente retorno a seus acionistas, a empresa optou por intensificar investimentos baseados em uma demanda superestimada de continuidade da alta do preço do minério de ferro, aumentando deliberadamente a exploração do recurso (POEMAS, 2015). A repercussão dessas decisões administrativas nas medidas de segurança relacionadas ao rompimento da barragem deverão ser apuradas pelos devidos órgãos investigatórios.

Além dos danos diretamente causados pelo rompimento da Barragem de Fundão, ainda houve consequências graves e violações posteriores como omissão de assistência emergencial, prestação de informações confusas pela empresa acerca da causa e da extensão do dano, além

de problemas no abastecimento de água e os reflexos dos danos nos direitos econômicos, sociais e culturais dos atingidos. E mais, a tentativa de imposição de um acordo, intermediada pelo Estado brasileiro, demonstra que a opção não foi a de ouvir atentamente aos clamores dos atingidos, deixando ainda perguntas sem respostas sobre a iminência de outros desastres.

Nesse ínterim, podem ser relacionadas as demandas do mercado capitalista, com uma busca pela alta produção e afrouxamento das fiscalizações, legislação e despreocupação das empresas com o meio ambiente. Tal situação demonstra claramente que o atual modelo econômico ao criar demandas que não satisfazem de forma equitativa a população mundial, deixa rastros de degradação ambiental principalmente nos países fornecedores de matéria prima.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARBOSA, Sylvio Elvis da Silva. *Análise dos dados hidrológicos e regionalização de vazões da Bacia do rio do Carmo, Ouro Preto-MG*. Ouro Preto: UFOP, 2004
- BARCELOS, E. (Cartógrafo). *O rastro da destruição*. O caminho da lama na bacia do Rio Doce, elaborado em 2015.
- IBGE. (2015). *Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.
- ITC. (2015). Trade Map: trade statistics for international business development. Disponível em: <<http://www.trademap.org/>> Acesso em: 05 de jul. de 2016.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- MANSUR, Maíra Sertã; MILANEZ, Bruno; PINTO, Raquel Giffoni; WANDERLEY, Luiz Jardim. *Desastre da Samarco/Vale/ BHP no vale do Rio Doce: aspectos econômicos, políticos e socioambientais*. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/poemas/files/2016/06/Wanderley-2016-Desastre-da-Samarco-Vale-BHP.pdf>>. Acesso em 14 nov. 16.

- MINAS GERAIS. Decreto 500, de 20/09/2016. Disponível em <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DNE&num=500&comp=&ano=2016&aba=js_textoOriginal>. Acesso em 14 de nov. 2016
- NASA, 2015. *Flooding in Brazil after dam breach*. Disponível em: <<http://www.earthobservatory.nasa.gov/NaturalHazards/view.php?id=86990>>. Acesso em 05 Novembro 2016.
- POEMAS. Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 07 de jul. 2016.
- ONB.Organics News Brasil. *Lama que sufoca o Rio Doce será tema na COP-21*. Disponível em: <<http://www.organicsnewsbrasil.com.br/meio-ambiente/barragem-mg/lama-que-agoniza-o-rio-doce-sera-tema-na-cop-21/>>Acessado em 07 de jul. 2016.
- SAMARCO MINERAÇÃO. (2008). Relatório Anual 2007. Belo Horizonte
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación Del Estado en América Latina – perspectivas desde una epistemología del Sur*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global: Lima, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.) *Epistemologias do Sul*. Coimbra: EdiçõesAlmedina, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOS MATA ATLÂNTICA, 2015. Análise do impacto sobre áreas de Mata Atlântica do rompimento da barragem localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, no município de Mariana-MG. Disponível em: <https://www.dropbx.com/s/blpifrcox1bpg3e/091215_Atlas-Rio-Doce_Relatorio_final.pdf?dl=0> Acesso em: 08 de jul. 2016.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: marinamacedo.escv@gmail.com; natalialisboa@gmail.com

A carga tributária brasileira sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas como mecanismo para o desenvolvimento¹

The brazilian tax burden from the perspective of Habermas communicative action theory as a development mechanism

MAYKEL PONÇONI²

Resumo: O estudo tem por objetivo a análise dos aspectos jurídicos e sociais relacionados à carga tributária nacional do Brasil e a ética estatal na tributação, menciona a origem histórica e social, a legitimidade democrática material das leis. Além disso, apresenta discussões a respeito da ética tributária, sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas como mecanismo de desenvolvimento. Para tanto, optou-se pela realização de pesquisa por meio de levantamento bibliográfico, considerando que a dimensão da carga tributária no Brasil e o conteúdo ético-jurídico da tributação são assuntos constantemente debatidos pela comunidade científica, mas em regra, realizados fora do âmbito da participação social efetiva. Assim, demonstra a conveniência de uma abordagem diferenciada por meio de um agir comunicativo por parte do ente estatal.

Palavras chave: *Carga tributária. Ético-jurídico. Ação comunicativa. Legitimidade democrática. Habermas.*

Abstract: The study aims to analyze the legal and social aspects related to the national tax burden in Brazil and state ethics in taxation, regarding the historical and social background, the democratic legitimacy of material from the law. Further, the study presents discussions on tax ethics, under the perspective

¹ Entregue: 3.1.2017; aprovado: 14.3.2017.

² 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, servidora na Unidade Setorial de Correição do Governo do Estado de Mato Grosso; maykel.p@hotmail.com

of the theory of communicative action Habermas as a development mechanism. Therefore, we chose to conduct research through literature, considering the size of the tax burden in Brazil and the ethical and legal content of taxation are issues constantly discussed by the scientific community, but as a rule, carried out outside the scope of effective social participation. Thus demonstrates the convenience of a differentiated approach through a communicative action by the state entity.

Key words: *Tax Burden. Ethical and legal. Communicative action. Democratic legitimacy. Habermas.*

1. Introdução

A dimensão da carga tributária no Brasil e o conteúdo ético-jurídico da tributação são temas frequentemente discutidos no meio acadêmico, mas quase sempre, realizados fora do âmbito da participação social efetiva.

A leitura das obras e artigos que tratam do assunto, possibilitam a orientação teórica no sentido de uma necessidade de percepção diferenciada por meio de um agir comunicativo por parte do ente estatal.

Nesse contexto, são comuns os estudos que demonstram a elevada carga tributária suportada pelos contribuintes e que revelam uma tributação tendente à contrariedade ética e jurídica, o que não contribui para o desenvolvimento econômico do país.

A questão arrecadatória implica necessariamente em saber quão razoável seria o percentual de dinheiro que o Estado deve gastar e o quanto as pessoas, em sentido amplo devem manter consigo para gastarem com suas famílias, projetos e investimentos.

Assim, se o Estado pretende gastar mais com programas sociais ou serviços públicos, costuma recorrer a essas duas formas: contrair empréstimos ou cobrar mais tributos, ou seja, a conta a ser paga ao final terá um só responsável que será o contribuinte.

Em última análise, os recursos públicos, por vezes nominados dinheiro público, em verdade é dinheiro dos contribuintes que pagam os tributos.

A elevada carga tributária e o desrespeito aos vieses ético-jurídicos da tributação, normalmente conduzem à ausência de desenvolvimento econômico e social por não respeitarem a capacidade contributiva das pessoas.

Assim, o estudo possui relevância científica e social do ponto de vista do direito tributário, pois as posturas estatais podem afetar a vida das pessoas que pagam os seus tributos e em última análise ao próprio Estado quanto à legitimidade ética e democrática do seu poder econômico e limites jurídicos a ele concernentes.

Apresenta-se relevante em virtude do debate científico acerca da carga tributária nacional e os seus parâmetros éticos-jurídicos, sobretudo quando imersa na teoria da ação comunicativa de Habermas, ainda pouco explorada na seara tributária, e pelo papel decisivo do Estado para compatibilizar legitimamente e de maneira materialmente democrática seu poder econômico, os serviços públicos e o poder econômico do contribuinte.

Sob o aspecto social, é importante porque pode beneficiar os entes públicos encarregados do dever de tributação e os contribuintes, à medida que forem aplicadas as soluções encontradas, especialmente com a adoção pelo Estado de um padrão comportamental ético, amplo e legítimo materialmente da tributação, dos poderes econômicos e dos serviços públicos.

Para tanto, realiza uma síntese dos principais contornos da teoria da ação comunicativa de Habermas e a sua aplicação no aspecto ético-jurídico da tributação.

Na ação comunicativa (social), o discurso desempenhado racionalmente pelos sujeitos tem por objeto as pretensões de verdade dos interlocutores com contribuições irrestritas e sem que sofram qualquer espécie de coerção. Tudo para que prevaleça apenas a força do melhor argumento, fruto de um consenso verdadeiro e fundamentado na argumentação.

A teoria da ação comunicativa de Habermas aponta que, na medida em que as normas expressem interesses universalizáveis, fundamentados em um consenso racional, passam a ser justificáveis e deixam de ser instrumento de estabilização de força apenas.

O caráter interdisciplinar encontra-se presente, tendo em vista que passa pela observação de outras ciências e, para além disso se permite

influenciar por elas, tais como em rol exemplificativo a sociologia, filosofia e psicologia.

A investigação científica de técnica qualitativa, parte da realidade jurídica brasileira, na seara do direito tributário em relação ao direito constitucional, feita por meio da aplicação do método descritivo-analítico, utilizando fontes secundárias, com o objetivo de evidenciar a necessidade e possibilidade de aplicação da teoria da ação comunicativa de Habermas, para o melhor entendimento e ampliar o discurso sobre a carga tributária, o aspecto ético-jurídico da tributação e as soluções consubstanciadas na mudança do comportamento estatal.

2. Breve origem histórica e social dos tributos

A origem do tributo na história da humanidade se confunde com o surgimento do Estado e do Direito.

Historicamente o homem passa a se agrupar e assim surge o tributo, termo procedente do verbo latino *tribuere*: *tributum*, que significa “repartir entre as tribos”. Os tributos eram oferecidos como presentes aos líderes, fossem eles chefes guerreiros, faraós, reis, ou Estado, e até aos deuses. Considerando que apenas os mais fortes sobreviviam, os chefes eram presenteados pela sua bravura e proteção que conferia ao seu grupo, contra os animais e outros povos também rudimentares. Se num primeiro momento eram oferendas, no segundo passou a estar “na dependência da satisfação das necessidades coletivas e dos caprichos dos chefes, que o exigiam de seus súditos. Eram prestações *in labora*, *in natura* ou *in pecunia*, exigidas pela força e arbitrariedade”³.

O caráter compulsório se tornou mais perceptível com o surgimento das guerras. “Os egípcios, assírios, fenícios, dentre outros povos da Antiguidade, já usavam o tributo como instrumento de servidão, através da sua imposição sobre os povos conquistados”⁴.

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.); colaboradores GIAMBIAGI, F [et al.] O Tributo Reflexão Multidisciplinar sobre a sua Natureza. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 257.

⁴ _____, Ives Gandra da Silva (coord.); O Tributo Reflexão Multidisciplinar sobre a sua Natureza, cit., p. 131.

Ilustra Azambuja o comportamento atual do Estado:

Em qualquer momento da existência e em qualquer ponto da terra em que se encontre, o homem está sujeito à soberania do Estado, e se foge à soberania de um é para cair sob o poder de outro Estado. [...] Exatamente porque o Estado é uma sociedade necessária e não pode realizar-se senão pelos indivíduos, os deveres destes em relação àquele são da categoria da justiça, isto é, são exigíveis e susceptíveis de execução por meio de coerção.⁵

Nota-se aceções próprias do sistema tributário.

O Direito e a ética, no passado foram completamente separados, o que em certa medida trouxe a chamada segurança jurídica.

Kelsen rejeitava categoricamente até mesmo a possibilidade de conflito entre a norma de justiça e a norma jurídica positiva. Todavia, posteriormente, entendeu-se que a ausência de um mínimo ético na norma jurídica traz problemas graves à aplicabilidade do Direito.⁶

A ‘virada kantiana’ traz as seguintes novidades principais: a inclusão da regra da justiça, ao lado da de liberdade, no imperativo categórico; a positivação jurídica da norma ética abstrata; o equilíbrio entre justiça e direitos humanos; a projeção da ética tributária para as dimensões cosmo-polita, internacional, nacional e local; a efetividade jurídica do mínimo ético; a perspectiva orçamentária do justo tributário.⁷

⁵ AZAMBUJA, Flávio. *Direito tributário e Princípio Federativo*. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

⁶ “Sucede que, com a ‘virada kantiana’ e a reaproximação entre ética e Direito, passou-se a cogitar da efetividade da regra moral abstrata. Claro que não se chega ao exagero de advogar que a norma ética possa anular a regra jurídica positivada, eis que tal possibilidade destruiria completamente a segurança jurídica. Mas voltou-se a defender, na linha dos últimos trabalhos de Radbruch, que há um ‘mínimo ético’ que atua efetivamente sobre a ordem jurídica positiva coarctando a validade e a eficácia das normas que com ela contrastem”. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 7-8.

⁷ *Ibid.* p. 4-5.

A partir da releitura da obra de Kant, depreende-se que a definição do Direito por ele oferecida opera no campo do imperativo categórico e da regra moral. O Direito, portanto, relaciona-se intensamente com a ética, o que leva à superação do positivismo, definido pela rígida separação entre direito e ética.

Na atualidade, a relação entre o chamado fisco e o contribuinte, que em um primeiro momento ocorre a arrecadação e, em um segundo momento o gasto público, necessita de uma discussão a cerca da ética e as relações jurídicas tributárias.

“É um erro pensar que a tributação seja tema exclusivamente jurídico. A tributação é um tema econômico, político, sociológico, psicológico, ético. E, como ciência primeira, há a filosofia aplicada à tributação”⁸

As premissas apontam que a tributação sempre existiu como imposição política e econômica, independentemente da adoção de normas escritas. Independente da sua motivação filosófica, a característica social do ser humano somada à escassez de recursos naturais, torna inegável que onde existam aglomerações humanas também formas de disciplina na obtenção e controle dos meios de produção e de seu produto.⁹

A tributação deve ocorrer da forma mais justa possível, o que não ocorre no cenário brasileiro, visto que se analisadas as últimas décadas, observa-se que a população que mais arca com a carga tributária brasileira é aquela desprovida do chamado mínimo vital. A carga fiscal mal distribuída, gera distorções que se convertem em contraimpulso contributivo. Os contribuintes de menor renda, são penalizados com os impostos indiretos, suportam o peso dos tributos que oneram os preços dos produtos e serviços necessários à vida nas sociedades contemporâneas como exemplo: água, energia, transporte, alimentos, habitação, saúde, vestuário.¹⁰

O poder de tributar, imprescindível para o Estado, é exercido por delegação do povo, a fim de obter os recursos financeiros necessários

⁸ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 282.

⁹ MARINS, James. *Defesa e Vulnerabilidade do Contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2009. P. 16.

¹⁰ *Ibid.* p. 36.

ao desenvolvimento das atividades estatais, para atender os interesses da sociedade.

Para tanto, deve considerar não apenas a necessidade de arrecadação do Estado e sim compatibilizar a real possibilidade de contribuir, verificada no princípio da capacidade contributiva no momento da instituição do tributo, a fim de minimizar a desproporcionalidade.

3. A teoria da ação comunicativa de Habermas aplicada na área tributária

Denomina-se carga tributária o custo que o funcionamento do Estado representa para a economia nacional. Convencionalmente, é medida como o volume de tributos efetivamente ingressados aos cofres públicos, como uma percentagem do Produto Interno Bruto (PIB), que é o valor de mercado de todos os bens e serviços finais produzidos na economia num período de, usualmente, um ano. Mas esta definição não leva em conta o verdadeiro custo social que tem um imposto.¹¹

A observação científica do direito tributário deve ser interdisciplinar e perpassar pelos caminhos da ética.

Conforme assevera Araújo em artigo denominado *A ética na relação jurídica tributária: a questão da transparência fiscal como instrumento de orientação aos contribuintes*: “há uma crise ética nos quadros sociais e não poderia, desta forma, passar despercebida na chamada relação fisco/contribuinte, pois “um sentido finalístico para esse ramo do direito é o protetivo do contribuinte”. Tal fato deve ser estudado, pois são as chamadas finanças públicas que suportam o chamado Estado Social. Para que a sociedade exista e haja uma mínima condição de igualdade entre os cidadãos é necessária a arrecadação e esta ocorre, em sua grande maioria, por meio da tributação”.¹²

¹¹ DOMINGUES, Nereu Miguel Ribeiro. *Os Reflexos do Planejamento Tributário na Contabilidade*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CONTABILIDADE, XVI, 2000, Goiânia: Conselho Federal de Contabilidade, Tema 8: A contabilidade e a tributação.

¹² ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de. *A ética na relação jurídica tributária: a questão da transparência fiscal como instrumento de orientação aos contribuintes*.

A relação tributária é notadamente obrigacional e coercitiva, mas não pode ser arbitrária e alheia aos fatores éticos que envolvem as exações. Tal situação é fruto do distanciamento entre economia e ética nas últimas décadas.¹³

Logo o estudo da carga tributária nacional e da ética na tributação sob a ótica de Habermas, deve ser vista para além do princípio da transparência, a fim de melhor relacionar o dever de tributar estatal considerando a possibilidade de harmonizar o poder econômico do Estado e do contribuinte.

Na visão de Habermas a comunicação não possui papel apenas instrumental na sociedade, atua de maneira ativa e estruturante da realidade a ser conhecida e reconhecida intersubjetivamente, de modo a ordenar os comportamentos do ser humano por meio de uma discussão racional fundamentada na verdade.

As ações humanas comunicativas são classificadas inicialmente em sociais e não-sociais. Na primeira, haverá o relacionamento entre o sujeito e os demais atores em todos os seus aspectos cognitivos e consequentemente o contato com a realidade intersubjetiva e racional das pessoas. Na segunda, o sujeito encontra-se direcionado diretamente para o alcance do seu objetivo, ou seja, pretende o êxito.

Nas ações não-sociais, o sujeito restringe a sua racionalidade aos aspectos objetivos (fins pretendidos e êxito), sem levar em consideração a intersubjetividade compartilhada dos outros sujeitos.

Na ação comunicativa prevalecerá apenas a força do melhor argumento, fruto de um consenso verdadeiro e fundamentado na argumentação.

Nesse sentido, aponta Habermas:

Desde que em todos os afetados, em princípio, pelo menos a possibilidade de participar das deliberações práticas e a racionalidade da vontade formada discursivamente, consistem no fato que as expectativas

Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c338d814c14c9d47>. Acesso em 04 out. 2016.

¹³ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de: MOTTA, Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

recíprocas de comportamento, erguidas ao status normativo, reclamam validade a um interesse comum combinado sem decepção. O interesse é comum porque o consenso livre de constrangimento permite apenas o que todos podem querer; é livre de decepção porque até a interpretação das necessidades, na qual cada indivíduo precisa estar apto para reconhecer o que ele quer, torna-se objeto de formação discursiva da vontade. A vontade formada discursivamente, pode ser chamada racional porque as propriedades formais do discurso e da situação deliberativa garantem suficientemente que um consenso só pode surgir através de interesses generalizáveis, interpretados apropriadamente, pelo que quero dizer necessidades que podem ser participadas comunicativamente. Os limites de um tratamento decisionista de questões práticas são superados assim que, enquanto argumentação, for esperado testar a capacidade de generalização dos interesses, invés de se resignarem a um impenetrável pluralismos de orientações de valores aparentemente últimos (ou atos de crença ou atitudes).¹⁴

Dessa forma, na medida em que as normas expressem interesses universalizáveis, fundamentados em um consenso racional, passam a ser justificáveis.

A ordem social é reafirmada por Habermas, isso porque o acordo ou consenso racional dos sujeitos é confrontado com juízos de verdade, correção e sinceridade.

Há uma interação entre sujeitos que se encontram livres e em condição de igualdade de fala e sustentam pretensões de verdade, como forma de agir racional direcionada a um consenso verdadeiro, no qual o melhor argumento prevalecerá.

Acerca desse aspecto assevera Oliveira:

A ação comunicativa abre espaço para a defesa das ideias e para a busca racional de consenso entre os participantes. Nessa perspectiva, a situação de fala ideal, apesar de reconhecida utópica pelo próprio Habermas, deve

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. Trad. Vami-reh Chacon. Biblioteca Tempo Universitário: Série Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980 p. 136-137.

ser pressuposta no contexto social, a fim de que a comunicação possa desenvolver-se no seu plano de racionalidade.¹⁵

O consenso verdadeiro idealizado por Habermas, além de ter a verdade como seu pressuposto, fundamenta-se no fato dessa verdade não ser definitiva e poder ser alterada por novos argumentos melhores do que aqueles anteriores que a formaram.

A teoria da ação comunicativa está fundamenta em três elementos para a sua aplicação: situação de fala ideal, consenso verdadeiro e os interesses universalizáveis.

A situação de fala ideal, configura-se pela existência de condições de igualdade para todos os sujeitos no que se refere aos seus atos de fala, bem como a inexistência de quaisquer tipos de constrangimentos, pressões e coações que pudessem afastar objeções feitas pelos interlocutores.

O consenso verdadeiro é obtido no momento em que os sujeitos em condição de fala ideal, deixam de questionar o argumento lançado e que se tornará o melhor fundamento de argumentação.

Sobre o consenso verdadeiro explica Rocha:

O consenso revela-se verdadeiro na medida em que os sujeitos racionais, em uma situação de discussão, permitem-se corrigir as suas pretensões de verdades, na busca do melhor argumento racional orientador de suas ações individuais. No plano do discurso voltado ao entendimento, os sujeitos racionais manifestam argumentos ditos substanciais, já que capazes de convencer os participantes.¹⁶

A racionalidade nada mais seria do que a capacidade dos interlocutores entrarem em acordo, sendo esta parte do consenso verdadeiro.

Os interesses universalizáveis decorrem do consenso, isso porque por meio dele que se exteriorizam esses interesses, que são comuns a todos os participantes do discurso.

¹⁵ OLIVEIRA, Tarsis Barreto. *Pena e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012, p. 37.

¹⁶ ROCHA, Alexandre Sergio da. *Cientificidade e Consenso: Esboço de uma Epistemologia a partir da Teoria Consensual da Verdade de Jürgen Habermas*. In: Oliva, A. (Org.). *Epistemologia: a cientificidade em questão*. Campinas: Papirus, 1990, p.181.

A verificação desses interesses universalizáveis, se mostra ao mundo externo no momento em que os sujeitos livres de quaisquer tipos de pressões ou coações, aceitam o melhor argumento de maneira racionalmente cogente.

O que irá significar a harmonização das pretensões de verdade de todos os participantes.

Percebe-se que, a lógica da ação comunicativa é diferente daquela utilizada pela ação estratégica, pois a segunda visa o interesse particular de êxito e prevalência do seu argumento e não os interesses universalizáveis.

Percebe-se que a racionalidade instrumental não se mostra capaz de solucionar questões que envolvam o mundo globalizado e cada vez mais integrado.

No que concerne às normas, decisões e discussões, podemos estar diante de situações que se justificam ou apenas se estabilizam, a depender se expressam, conforme a teoria na ação comunicativa de Habermas, interesses universalizáveis oriundos de um contexto de fala ideal e consenso verdadeiro.

A respeito do acordo obtido em uma comunicação a visão de Habermas é peculiar, isso porque não consiste em apenas coincidências fáticas com grande carga de influências externas e deve ser aceito pelos participantes. O assentimento está fundamentado na racionalidade motivada da comunicação, como mecanismo de coordenação da ação.

A utilização da racionalidade comunicativa nos moldes propostos por Habermas, abre novas perspectivas de estudo dos conflitos e contradições da sociedade.

Assim, é possível que tenhamos normas, decisões e discussões tributárias, resultantes da autoridade ou de um consenso democrático.

Isso significa que a preocupação com a legitimidade democrática no campo tributário não pode ser apenas formal, uma vez que podemos nos deparar com normas, decisões e discussões que atendam apenas aos interesses particulares e releguem os universalizáveis, portanto não democráticas materialmente.

A aplicação da teoria de Habermas no estudo da carga tributária e do aspecto ético-jurídico da tributação, irá propiciar que as possíveis atitudes solucionadoras sejam justificadas, sob o ponto de vista da

racionalidade comunicativa e não apenas formalmente democráticas ou na força, ainda que psicológica.

A aplicação da ação comunicativa nessas hipóteses, reafirma a legitimidade material e a ordem social em matéria de carga tributária e ética na tributação, de modo a deixar de lado a racionalidade instrumental.

4. Considerações finais

As relações sociais devem ser pautadas na ética e a relação jurídico-tributária, no que se refere à carga tributária, não foge à regra.

A teoria da ação comunicativa de Habermas, fundamentada em uma situação de fala ideal, no consenso verdadeiro e nos interesses universalizáveis, se aplicada poderia ser utilizada para compreender a carga tributária nacional e os padrões ético-jurídicos da tributação, inclusive a legitimidade democrática material.

Isto porque, a ordem social é fortalecida na teoria da ação comunicativa de Habermas, pois o acordo ou consenso racional dos sujeitos é confrontado com juízos de verdade, correção e sinceridade.

O estudo da carga tributária e da ética na tributação configurar-se em faceta do poder econômico estatal, que evidentemente deve respeitar limites jurídicos. Analisar de igual maneira o poder econômico do contribuinte, com todas as limitações jurídicas colocadas em debate por meio de uma legitimidade democrática material lastreada na visão habermasiana.

Nota-se que, as condutas estatais de elevação da carga tributária em afronta os parâmetros de ética e legitimidade democrática material, evidenciam a indispensabilidade de implementar mecanismos com vistas a compatibilizar o poder econômico do Estado, do contribuinte e a prestação dos serviços públicos.

Para tanto, constata-se que é imprescindível modificar o comportamento do Estado, como forma de contribuir para legitimidade ética e democrática dos tributos ao estabelecer um diálogo social, nos moldes da teoria da ação comunicativa.

Tal percepção, reforça a necessidade de ampliar o discurso a respeito da carga tributária brasileira e os seus padrões ético-jurídicos com

fundamento na ação comunicativa habermasiana, para possibilitar que o Estado haja de maneira ética e alicerçado na ampla discussão democrática material e não puramente instrumental.

Dentro desta ótica, o Estado tem a responsabilidade de assegurar entre outros valores supremos da sociedade, a proteção os direitos fundamentais, harmonizar o respeito ao dinheiro dos contribuintes com as necessidades estatais relacionadas aos serviços públicos e desenvolvimento econômico, de modo a buscar respaldo na legitimidade democrática efetiva e na participação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de. *A ética na relação jurídica tributária: a questão da transparência fiscal como instrumento de orientação aos contribuintes*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c338d814c14c9d47>. Acesso em 04 out. 2016.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). NBR 15287: informação e documentação – projeto de pesquisa – apresentação. Rio de Janeiro, 2011.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AZAMBUJA, Flávio. *Direito tributário e Princípio Federativo*. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Noesis, 2007.
- BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 282. Companhia das letras, 2006.
- BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CARAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CICCO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CORREA, Samantha. Fundamentos Éticos da Tributação. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9728&revista_caderno=26. Acesso em 04 out de 2016.
- DIAS, Jean Carlos Dias; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (cood). *Direito, políticas públicas e desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2013.
- DOMINGUES, Nereu Miguel Ribeiro. *Os Reflexos do Planejamento Tributário na Contabilidade*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CONTABILIDADE, XVI, 2000, Goiânia: Conselho Federal de Contabilidade, Tema 8 : A contabilidade e a tributação.
- FONSECA, Sérgio Bullos. *Carga Tributária e a necessidade de planejamento tributário*. Monografia UFES, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. Trad. Vamireh Chacon. Biblioteca Tempo Universitário: Série Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980.
- _____. *Agir comunicativo e razão destrancidentalizada*. Tradução de Lúcia Aragão; revisão Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vols. I e II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *The theory of communicative action, I: reason and herationalization of society*. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984.
- _____. *The theory of communicative action, II: Life world and system: a critique off unctionalist reason*. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1987.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LISOWSKI, Carolina Salbego. *Justiça fiscal, isonomia tributária e progressividade do iptu: justificação a partir da teoria da ação comunicativa de Jurgen Habermas*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c338d814c14c9d47>. Acesso em 04 out. 2016.

- NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Ética tributária e cidadania fiscal*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3356>>. Acesso em: 04 out. 2016.
- OLIVEIRA, Tarsis Barreto. *Pena e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROCHA, Alexandre Sergio da. *Cientificidade e Consenso: Esboço de uma Epistemologia a partir da Teoria Consensual da Verdade de Jürgen Habermas*. In: Oliva, A. (Org.). *Epistemologia: a cientificidade em questão*. Campinas: Papirus, 1990.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de: MOTTA, Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Curso de Direito Tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: maykel.p@hotmail.com

La litigación de los derechos sociales: los problemas de una mala estrategia¹

Social rights litigation as an error

RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO²

Resumen: muchos autores defienden la justiciabilidad directa de los derechos sociales, como un intento de resolver, a través del Derecho y los jueces, los problemas de justicia social que la Política no puede o no desea enfrentar. Sin embargo, el derecho y la política son diferentes órdenes de acción, y la incursión del juez en el campo de la justicia social puede producir una serie de disfunciones, perjudiciales en primer lugar para los propios desposeídos.

Palabras claves: *derechos sociales; derecho constitucional; activismo judicial.*

Abstract: many scholars defend the justiciability of social rights as an attempt to resolve, through law and judges, the problems of social justice that the Policy cannot or does not want to face. However, law and politics are different orders of action, and the incursion of the judge in the field of social justice can produce a series of dysfunctions, in detriment to the needy people.

Key words: *social rights; constitutional law; judicial activism.*

Resumo: muitos autores definem a justicialidade direta dos direitos sociais com a intenção de resolver mediante o Direito e os juízes, os problemas da justiça

¹ El presente trabajo corresponde a los resultados parciales de la investigación del autor, conducida por el profesor Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, para obtener el grado de Doctor en Derecho, por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Entregue: 3.1.2017; aprobado: 14.3.2017.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; Magíster en Derecho Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica, Chile. rodrigo-poyanco@gmail.com

social que a política não pode o não deseja enfrentar. Mas, o Direito e a Política são diferentes ordens de ação, e a intervenção do juiz no campo da justiça social pode produzir uma série de disfuncionalidades, prejudiciais em primeiro lugar para os próprios despossuídos.

Palabras-chave: *direitos sociais; direito constitucional; ativismo judicial.*

Introducción

Una de las más citadas justificaciones de la necesidad de justiciar los derechos sociales de forma directa por el juez constitucional, reside en la idea de que la Política, o los políticos no han hecho lo suficiente para luchar contra la pobreza³. El segundo supuesto de esta perspectiva, consecuencia del anterior, es que, de alguna manera, los jueces en particular, y el mundo jurídico en general, poseen la disposición y las competencias suficientes como para solucionar, por fin, ese terrible flagelo.

Sin embargo, ambos supuestos merecen una segunda mirada. A medida que la litigación de derechos sociales ha pasado en muchos lugares, de la teoría a la práctica, ha surgido también la posibilidad de evaluar el discurso de los derechos sociales en sus resultados concretos. Nuestro objetivo es, en consecuencia, cuestionar hasta qué punto puede utilizarse el Derecho –en particular, el derecho constitucional–, a través de su aplicación directa por el juez, como herramienta para intervenir en cuestiones de justicia social, eliminando la consideración previa, a través del proceso político-democrático, de una serie de factores cuyo contenido y significado parecen difíciles de precisar con herramientas propiamente jurídicas.

Antes de continuar, aclaremos desde ya que, con “justiciabilidad directa de los derechos sociales”, aludiremos a la acción de un juez que no se limita a adjudicar derechos sociales⁴ ya desarrollados a nivel

³ Como dice SCHUCK (2004, pp. 17–18), en el imaginario público, este tipo de argumento es quizás la justificación más común y poderosa para que la autoridad judicial se expanda más allá de los límites que le han sido previamente establecidos.

⁴ Nos referimos a los derechos sociales prestacionales, es decir, los que implican transferencia de dinero o bienes desde el Estado a las personas, con el objeto de mejorar

legal o reglamentario, sino que, directamente, legisla al respecto, ignorando la normativa de los poderes político-representativos, creando y regulando uno o más beneficios sociales⁵. “Doctrina partidaria de los derechos sociales”, en tanto, será aquel conjunto de autores que promueve esta perspectiva.

El Derecho, la Política y el juez

El Derecho Constitucional representa el lugar donde Derecho y Política se encuentran, en una relación de tensión, en que el Derecho busca reprimir el natural comportamiento expansivo de la Política. La función específica del derecho constitucional es limitar al poder político en defensa de los derechos y libertades de las personas⁶.

Sin embargo, una cosa es limitar a la Política y otra, muy distinta, es intentar “reemplazarla”. Es común que muchos sostengan que, puesto que el proceso político no funciona como debería, es perfectamente legítimo que el Constitucionalismo tenga un determinado color político o ideológico, o intente imponer un determinado modelo de sociedad⁷. Por otro lado, el discurso de los derechos sociales, como sucede en general con el activismo judicial⁸, tiene como objeto de sus argumentaciones al juez.

su calidad material de vida. Ver al respecto MARTÍNEZ ESTAY (2010, pp. 126-134); y PRIETO SANCHÍS (2000, p. 15)

⁵ Esto porque, desde luego, la aplicación judicial de derechos sociales emanados de legislación o reglamentación administrativa es cuestión inobjetable. Cross (2001, p. 861).

⁶ PEREIRA MENAUT (2006, p. 5)

⁷ Algunas técnicas de interpretación, como la ponderación, facilitan enormemente una argumentación de este tipo, al otorgar un barniz de juridicidad a planteamientos que de otra manera, serían patentemente extrajurídicos. WILKINSON III (2012, p. 4) advierte que, al menos en Estados Unidos, las innumerables teorías interpretativas de la constitución han dado auge a diversas escuelas doctrinarias, tanto de tinte liberal como conservador, que no tienen en común otra cosa que el activismo judicial y el deseo de proporcionar cobertura teórica para aquellos resultados jurídicos preferidos y políticamente afines a su respectivo sector.

⁸ ABRAMOVICH y COURTIS (2002, pp. 46-47) invitan directamente al activismo judicial y a una cierta “creatividad pretoriana” para hacer justiciables los derechos sociales.

Ha de recordarse, sin embargo que, si bien es posible que el derecho legal o incluso una Constitución puedan admitir grandes dosis de Política sin perder su naturaleza jurídica, el derecho jurisprudencial, es decir, el derecho dictado por el juez, ha de ser esencialmente imparcial, *so pena* de perder su calidad de derecho⁹. Si este ideal es común a la gran mayoría de los juristas, cabe preguntarse entonces, por qué la doctrina de que son los jueces –y no los políticos– los que deben defender la justicia social, a través de una determinada forma de entender la Política, el Derecho y la acción del estado, tiene tanto éxito entre ciertos autores.

La necesidad de la intervención del estado para superar la pobreza

Apuntemos a título meramente enunciativo, dada la extensión de este artículo, que esto mucho tiene que ver, en primer lugar, con una extendida visión materialista de la pobreza¹⁰, en la que es el Estado el ente encargado de manera principal –cuando no única– de combatir este flagelo, de una forma específica (transferencia de bienes o servicios).

Desde luego, la justicia social y el papel del estado a su respecto son ideas en el ámbito político y filosófico, que forman parte del rico patrimonio histórico y cultural de nuestra cultura, y que están presentes desde antiguo¹¹. Poco a poco, estas ideas dieron un cariz específico a

⁹ PEREIRA MENAUT (2008, p. 47)

¹⁰ Desde luego, la carencia material es lo que define la pobreza. Sin embargo, si, a su vez, la carencia material es el reflejo de una serie de otros problemas previos, que también es necesario abordar, podría ser necesario un tipo de análisis mucho más complejo que el que ofrece el Derecho.

¹¹ En un análisis comparado del derecho norteamericano con el derecho constitucional europeo, CURRIE (1986, pp. 867–868), alude al irónico comentario de Anatole FRANCE, en 1894, respecto de una ley que prohibía tanto a los ricos como a los pobres el dormir bajo los puentes, como representativa de una creciente convicción de que los gobiernos deberían comenzar a adoptar más medidas afirmativas para beneficiar al pueblo. El autor recuerda además las palabras de MONTESQUIEU, quien argumentaba que el estado “debía a todos los ciudadanos”, entre otras cosas, alimentación, vestido y la oportunidad de una vida saludable. Finalmente, también son citadas las

la cultura europea de asistencia social –raíz de la latinoamericana–, y están detrás del constitucionalismo social, tal como lo conocemos hoy día. Así, por ejemplo, para MODERNE, éste implica *una vinculación social del Estado* que comprende la obligación del Estado de atender a las necesidades de sus ciudadanos¹². LOEWENSTEIN resume este giro señalando que, bajo la nueva filosofía social, el Estado se ha convertido en el amigo que está obligado a satisfacer las necesidades colectivas de la comunidad. El colectivismo ha dejado de ser el monopolio de la doctrina socialista y ha dejado también de ser incompatible con el individualismo¹³.

¿Son la pobreza y lo justo social cuestiones que pueden determinarse jurídicamente?

El valor histórico y cultural de las ideas antes citadas –que, por lo demás, no se oponen a nuestro punto de vista¹⁴–, no impide advertir que la doctrina partidaria de los derechos sociales incurre en reduccionismos patentes. Por nuestra parte, creemos que el problema expuesto no se acaba con formulaciones sonoras, pero simples, sobre el papel del Derecho, en una cuestión de complejidad y gravedad suficiente como para que merezca, sin duda, la solución que corresponde.

Recordemos al respecto la forma en que Derecho y Política se enfrentan a los conflictos que, respectivamente, les corresponde afrontar. De manera muy sucinta, mientras el Derecho se centra en lo que es relevante para el proceso jurídico, desechando todo aquello que no tenga que ver con lo propiamente litigioso –el juez juzga en referencia al caso

palabras del filósofo inglés Thomas Hill GREEN, quien negaba enfáticamente que la libertad consistía sólo en la ausencia de restricciones legales, insistiendo en cambio que la libertad era “el poder positivo o la capacidad de hacer o disfrutar algo”, de manera que las acciones gubernamentales afirmativas eran esenciales a la libertad.

¹² MODERNE (2002, p. 504)

¹³ LOEWENSTEIN (1986, p. 400)

¹⁴ Rescatar el papel del estado o de la sociedad en el problema de la asistencia a los desvalidos no se opone a un análisis de esta cuestión desde lo político, y desde muchas otras perspectivas.

particular que tiene entre manos, en un conflicto entre dos partes¹⁵-, la Política aborda los problemas de forma mucho más integral, lo que se debe a que permite la participación de todos los interesados en los problemas sociales a su cargo¹⁶, aunque desde la evidente parcialidad de cada posición¹⁷. Por otro lado, el juez da la preferencia, de forma definitiva e imparcial, a aquella versión del problema que tiene mejor derecho. El conflicto queda así solucionado de forma permanente. En la Política, en cambio, todas las posiciones tienen igual valor, todas tienen derecho a participar en el juego político democrático y todas “sobreviven” a las reglas que gobiernan el enfrentamiento político.

Las disfunciones teóricas de la justiciabilidad directa de los derechos sociales

Antes de entrar a los ejemplos prácticos, y considerando las diferencias expuestas, veamos cuales podrían ser las consecuencias teóricas de la participación directa del juez, en un asunto de la complejidad de la pobreza. Recordemos que, para una mayoría de la doctrina partidaria de los derechos sociales, se trata simple y sencillamente de obligar al Estado, mediante la fuerza del Derecho, a dispensar los bienes y servicios que la sociedad y los políticos, mezquinamente, no desean entregar a los pobres. Algunos autores, por ejemplo, impulsan una juridificación

¹⁵ Recordemos que este rasgo –limitarse a juzgar el caso particular que tiene entre manos–, es uno de aquellos caracteres que TOCQUEVILLE (1911, pp. 121–122) estima como necesario para que el juez se mantenga dentro del círculo de sus funciones habituales, aunque revise la constitucionalidad de las leyes.

¹⁶ WALDRON (2005, p. 36) ejemplifica esa diversidad de opiniones en lo que sucede en una asamblea legislativa, “que tiene la función de representar las principales facciones de una sociedad y la de elaborar leyes tomando en serio las diferencias entre ellas, en lugar de pretender minimizarlas o negar su existencia”. Se trata de “un tributo a este enfoque concreto de la creación legislativa: la idea es que podremos crear así nuestras leyes, con pleno reconocimiento de nuestros desacuerdos, y no tratando de esquivarlos”.

¹⁷ Respecto de las diferencias entre Derecho y Política en relación con la imparcialidad, véase PEREIRA MENAUT (2010, p. 61)

completa de estos temas, con el objeto de imponer un determinado entendimiento constitucional de esta cuestión, que limite la libertad de la política en este ámbito¹⁸. Desde otro punto de vista, ALEXY, en un muy citado párrafo propone, como la “segunda tesis”¹⁹ a favor de la justiciabilidad directa de los derechos sociales, que:

“[...] bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un «ámbito vital dominado por ellos», sino que depende esencialmente de actividades estatales. También, con la reserva de algunas especificaciones, es posible estar de acuerdo con esta tesis”²⁰.

Recordemos, además lo que sostienen ABRAMOVICH y COURTIS al respecto²¹.

Sin embargo, la evidencia muestra que la pobreza parece ser más bien un tema poliédrico, complejo, multicausal y, por desgracia, particularmente subsistente a través de los siglos. Parece dudoso, en consecuencia, que sean los juristas del siglo XXI, a través de las limitadas herramientas que ofrece el Derecho, los que hayan descubierto, por fin, la fórmula infalible que innumerables pensadores y ciencias sociales han perseguido desde hace siglos. Esto, con el agravante de que, sometido un tema de derechos sociales al conocimiento de un juez, sin la previa mediación legislativa, se puede producir el efecto característico de la actividad jurisdiccional: la imposición de un determinado punto de vista –en este caso, un determinado enfoque sobre la pobreza y cómo solucionarla–, con exclusión de toda otra visión discrepante al respecto.

¹⁸ Así por ejemplo, PIOVESAN y STANZIOLA VIEIRA (2006, p. 132) concluyen que la Constitución de ese país de 1988 –que reconoce como fundamentales a los derechos sociales enumerados en su artículo 6º– acabó por extender las tareas del Estado, incorporando fines económicos sociales positivamente vinculantes de naturaleza jurídica. A partir de ello, se ha producido “una verdadera configuración normativa de la actividad política”, que pierde en este ámbito toda libertad.

¹⁹ La primera se refiere a la libertad fáctica como requisito de la libertad política.

²⁰ ALEXY (2007, pp. 446–447)

²¹ Nos remitimos a la nota al pie n° 8, *supra*.

GLENDON advierte del efecto que provoca la litigación en cuestiones de orden social:

“(...) en su forma simple [el lenguaje de los derechos²²] es un lenguaje que no da lugar a soluciones de transacción. El ganador se lo lleva todo y el perdedor tiene que abandonar la ciudad. La conversación ha terminado”²³.

La doctrina partidaria de los derechos sociales, sin embargo, no se pone en el caso de que alguna de esas visiones, así excluidas del escenario político, sea más efectiva que las propuestas por esa doctrina jurídica, o que las soluciones que propone no sean tan buenas o que, incluso, sean contraproducentes. Tampoco parece considerar que, de cualquier manera y aunque no nos guste, aquellas posiciones excluidas del debate tienen aun el derecho constitucional de seguir siendo sostenidas y defendidas democráticamente por sus partidarios²⁴.

Para evitar estos problemas es que resulta indispensable la previa intervención del proceso político-democrático, para definir lo que es la pobreza y cuáles son los medios o herramientas que se ocuparán de enfrentarla. Así lo sostiene el Tribunal Constitucional alemán. Esa sede jurisdiccional ha sido clarísima en señalar que el principio del estado social del art. 20.1 de la Ley Fundamental de 1949, aunque con un importante valor interpretativo, no produce efectos directos²⁵; que la exigencia de los derechos sociales está sujeta a la “reserva de lo posible”²⁶; y, finalmente, que la configuración de los derechos sociales,

²² Es decir, la solución de temas sociales complejos en los estrados judiciales, mediante la alegación de uno o más “derechos” que han sido vulnerados, enfoque típico de los activistas de los años ’60 en EE.UU.

²³ GLENDON (1998, p. 88)

²⁴ El tema de los derechos sociales es precisamente uno de los que más debate ideológico provoca, por la diversidad de enfoques acerca de lo que debe entenderse por “justicia social”. Un desarrollo al respecto en HEYWOOD (2010, p. 332)

²⁵ Véanse al respecto PÉREZ ROYO (1984, p. 166); BON (1992, p. 50); MAURER (2012, p. 8); Abendroth (1986, pp. 28–30); y PEREIRA MENAUT (2003, p. 34)

²⁶ En la sentencia *Numerus Clausus*, dice ese Tribunal: “[e]n tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible en el sentido de lo que el

incluyendo el derecho al mínimo vital, corresponde al legislador, y no al juez²⁷.

Las disfunciones, en casos concretos

Expuesto lo anterior, y dado que, en la práctica, tenemos ejemplos concretos de jurisprudencia dictada en esta materia, es hora de evaluar de forma real, y ya no sólo teórica, que es lo que pasa cuando los jueces intervienen en una materia como la expuesta. Como dice CROSS:

“Ausente ese análisis, los derechos positivos terminan fundándose nada más que un deseo altruista de tomar acciones simbólicas, sin consideración por los intereses de los mismos afectados a quienes se busca beneficiar. [...] Sin consecuencias reales [en el mejoramiento de los desposeídos], tales derechos reflejan sólo [las reflexiones compasivas] de los más privilegiados”²⁸.

Veamos entonces ejemplos prácticos, que, a nuestro juicio, ejemplifican las disfunciones antes señaladas.

particular puede exigir en forma razonable de la sociedad. Esto lo ha valorado el legislador en primer término como una responsabilidad propia, cuando para la elaboración de su presupuesto tiene que atender también a otros intereses sociales y cuando de acuerdo con la prescripción expresa del Art. 109, párrafo 2 de la Ley Fundamental tiene que tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico [...]”. De acuerdo a la traducción contenida en SCHWABE (2009, pp. 354–355)

²⁷ En el caso de la sentencia *Hartz IV*, el párrafo n° 138 señala que, si bien el beneficio del mínimo vital ha sido establecido fundamentalmente en la Constitución, su alcance en términos del tipo de necesidades a satisfacer, y los medios necesarios para ello, no pueden ser derivados directamente de la Carta Fundamental. La legislatura tiene margen de apreciación en determinar el alcance y contenido de los beneficios necesarios para asegurar el sustento individual, aunque ese margen será más estrecho en la evaluación de lo necesario para la existencia física, y más amplio cuando se trata del alcance y la posibilidad de participar en la vida social.

²⁸ CROSS (2001, pp. 878–879)

El caso del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others*

Tal vez uno de los casos que ejemplifica más claramente nuestros reparos al activismo judicial en materia de derechos sociales, lo constituye el caso revisado por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en segunda instancia, llamado “*Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2)*”²⁹, fallado el 5 de julio del año 2002, muy citado por la doctrina partidaria de los derechos sociales³⁰, como ejemplo paradigmático de que, ante un problema social ignorado, o tratado de manera deficiente por las autoridades gubernamentales, es posible que un Tribunal Constitucional haga justiciable un derecho social e imparta órdenes directas al Estado.

Los hechos discurrieron alrededor de la negativa del gobierno sudafricano a extender un tratamiento experimental contra el HIV-SIDA, una droga llamada “nevirapina”, cuyo principal propósito era la prevención de la transmisión vertical del SIDA madre-hijo. Los particulares interesados –una agrupación denominada “*Treatment Action Campaign*”³¹– cuestionaban la política gubernamental de haber circunscrito la administración de la droga a determinados centros médicos y no

²⁹ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033.

³⁰ A título meramente ejemplar, véanse COURTIS, C. (2008), “Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability”. Human rights and *Rule of Law* series: Vol. 2. Geneva, International Commission of Jurists; DIXON, R. (2007), “Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form *judicial review* revisited”. International Journal of Constitutional Law, 5, 391–418; KENDE, M. S. (2003-2004), “The South African Constitutional Court’s Construction of Socio-Economic Rights: A Response to Critics”. Connecticut Journal of International Law, 19, 617–630; LIEBENBERG, S. (2008), “Socio-Economic Rights: Revisiting The Reasonableness Review/Minimum Core Debate”. En S. WOOLMAN & M. BISHOP (Eds.), Constitutional conversations (pp. 303–329). [Pretoria], South Africa, Pretoria University Law Press; SUNSTEIN, C. R. (2001), “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”. Preliminary draft 3/7/01 (John M. Olin Law & Economics Working Paper, 2d Series, núm. 124). Chicago.

³¹ Que ante el Tribunal Constitucional eran “demandados”, pues habían obtenido sentencia favorable ante la *High Court* y el gobierno recurrió como demandante contra esa decisión.

extenderla a todo el sistema público. Para nuestros efectos, es central una de las argumentaciones de las autoridades para dicha negativa: el hecho de que habían dudas sobre la eficacia y seguridad de este tratamiento, razón por la cual el gobierno había limitado la droga a ciertos centros experimentales³².

En definitiva, el tribunal, amparándose en su jurisprudencia anterior sobre la justiciabilidad directa de los derechos sociales³³, ordeno al gobierno distribuir la droga, ignorando las alegaciones de las autoridades³⁴. Sin embargo, el *New York Times* ya había informado, en enero de 2001, que las autoridades federales norteamericanas de salud aconsejaban a los médicos no prescribir nevirapina a aquellos trabajadores de salud sanos, que eventualmente se vieran afectados por heridas provocadas por pinchazos de agujas. La razón es que el medicamento puede “producir daños en el hígado lo suficientemente graves como para requerir un trasplante de hígado, y ha llegado a causar la muerte”³⁵. Posteriormente, en febrero de 2004, el mismo medio informó que, no obstante que ya se sabía que el virus que causa el SIDA podía adquirir resistencia a la nevirapina, investigadores reunidos en una conferencia

³² Sentencia, §§ 9–11

³³ Esa jurisprudencia corresponde a los también muy citados casos *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* [2000] ZACC 19, 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC), Constitutional Court; y *Soo-bramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* [1997] ZACC 17; 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (CC).

³⁴ El Tribunal afirma, entre los párrafos 59 y 61, que con respecto a la eficacia y seguridad del medicamento, la existencia de cepas resistentes es excepcional y transitoria; la evidencia muestra que la inseguridad del medicamento “no es más que una cuestión hipotética”. De acuerdo con el consenso médico actual, afirma el tribunal, no hay ninguna razón para temer ningún daño derivado de la administración de este medicamento. A continuación, se cita la aprobación de este medicamento tanto por la Organización Mundial de la Salud como por el propio Consejo de Control de Medicamentos sudafricano (Sentencia, §§ 59–61).

³⁵ “U.S. warns on some use of a fighter against H.I.V.”, *New York Times*, 5 de enero de 2001. Disponible en <http://www.nytimes.com/2001/01/05/us/us-warns-on-some-use-of-a-fighter-against-hiv.html> [fecha de consulta: 8 de octubre de 2016]. Paradójicamente, informa este medio que, sin embargo, las mismas autoridades aconsejaron mantener el uso de este medicamento en personas infectadas y cuando sea necesario prevenir la transmisión del SIDA de madre a hijo. Sería el raro caso de una droga que es peligrosa para el enfermero, pero no para el enfermo.

mundial sobre el tema se declararon sorprendidos de que “incluso una dosis única podría causar tal reacción”³⁶.

De esta manera, aparentemente, la acción del gobierno sudafricano no era negligente sino que, al contrario, estaba buscando proteger a la población. En su intento de hacer justicia social³⁷, en cambio, el tribunal sudafricano obligó al gobierno a distribuir una droga de efectos potencialmente mortales.

El caso del Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Petição nº. 1246*, Ministro Celso De Mello, juzgado el 31 de enero de 1997

En este caso, el Supremo Tribunal Federal debió atender una demanda presentada en contra del Estado de Santa Catarina, en la cual un portador de una rara enfermedad, afirmaba que existía un tratamiento en un centro de salud estadounidense capaz de curarlo. Amparándose en el art. 196 de la Constitución, el interesado logró una orden judicial imponiendo al estado el pago de dicho tratamiento con fondos públicos. En total, al incluir traslados y estadía en EE.UU., la orden significaría un desembolso fiscal de US\$ 63.000³⁸. El estado demandado recurrió la orden judicial ante el Supremo Tribunal Federal (STF). Los argumentos del ente estatal se referían a la vulneración de la Constitución, por haberse impuesto judicialmente una orden de

³⁶ “Infant drugs for H.I.V. put mothers at risk”, New York Times, 10 de febrero de 2004. Disponible en <http://www.nytimes.com/2004/02/10/us/infant-drugs-for-hiv-put-mothers-at-risk.html?ref=topics> [fecha de consulta: 8 de octubre de 2016]

³⁷ El tribunal constitucional sudafricano sostiene (§§ 23-24 de la sentencia) que, en su jurisprudencia, los derechos sociales han sido interpretados en su contexto social e histórico, lo que le ha llevado a diagnosticar, por ejemplo, la condición “desesperada de cientos de miles de personas viviendo en ese país en condiciones deplorables”. La obligación del estado es proveer los derechos sociales previstos en la Constitución a aquellos imposibilitados de velar tanto su propia subsistencia, como la de sus dependientes. A pesar de lo dificultoso de esta tarea estatal, en la especie se trata de derechos, y la Constitución obliga al estado a darles efectos. Se trata de una obligación que los tribunales pueden y, en determinados casos, deben hacer cumplir.

³⁸ Es decir, como señala MOTTA FERRAZ (2011, pp. 1656-1658), casi 60 veces el PIB per cápita del país.

pago sin base una ley que así lo determinase. Se señaló además que una orden judicial de esta naturaleza consagraría el derecho de todos y cada uno de los brasileros a los mejores, más caros y más avanzados tratamientos, en cualquier parte del mundo, sean experimentales o no, en perjuicio de miles de pacientes pobres³⁹.

Sin embargo, el juez encargado del asunto denegó la suspensión requerida, desechando los argumentos técnicos del gobierno. Vale la pena transcribir el párrafo central de la decisión en examen:

“[...] Entre proteger la inviolabilidad del derecho a la vida, que se califica como derecho subjetivo inalienable asegurado por la propia constitución de la República (artículo 5º, *caput*), o hacer prevalecer, contra esa prerrogativa fundamental, un interés financiero y secundario del Estado, entiendo –una vez configurado ese dilema– que razones de orden ético jurídico imponen al juzgador una sola y posible opción: el respeto indeclinable de la vida. [...] [L]a decisión dictada [...] traduce, en el caso en análisis, un gesto digno de reverente y solidario aprecio a la vida de un menor, que, perteneciendo a una familia pobre, no disponer de condiciones para costear las expensas del único tratamiento médico y hospitalario capaz de salvarlo de una muerte inevitable”.

El problema es que, de acuerdo a WUNDER HACHEM, esta parte de la decisión se ha vuelto un paradigma para decisiones dictadas posteriormente en el tema de derecho a la salud⁴⁰. Los tribunales brasileños ven la litigación en materia de derecho a la salud como un conflicto entre dos intereses diferenciados –por una parte, un derecho individual a la vida y la salud; por la otra, un interés financiero del estado–, en el cual siempre debe prevalecer el derecho del individuo, con independencia del costo que implique. Surge así un derecho absoluto a la satisfacción de cualquier necesidad que los individuos puedan probar⁴¹.

³⁹ MOTTA FERRAZ (2011, pp. 1656–1658)

⁴⁰ WUNDER HACHEM (2014, p. 127)

⁴¹ MOTTA FERRAZ (2011, pp. 1656–1658) califica esto como el derecho a la “máxima atención de salud”.

De esta manera, esa jurisprudencia no se ha restringido a los desposeídos, sino que por el contrario, ha favorecido de forma desproporcionada a las personas de clase media y alta, que son las que cuentan con el capital monetario y cultural para litigar⁴². Además, los que litigan pueden ahorrarse todo el engorroso procedimiento administrativo que caracteriza la atención de los servicios públicos de salud⁴³. Ejemplo de estas disfunciones es la instalación de una “*Farmacia de Ação Judicial*” (FAJ), en el Estado de São Paulo, que atiende en exclusiva a los beneficiarios de las decisiones judiciales, y en la cual éstos deben ir a recoger a su medicamento⁴⁴.

El caso de la Corte Constitucional de Colombia

En un primer momento, la Corte determinó que el derecho a la salud es exigible no sólo cuando se trata de prevenir una muerte inminente, sino también cuando se encuentra vinculado con la posibilidad de llevar una vida digna (la doctrina de la “conexidad”). Posteriormente, a partir de la sentencia T-760/08, el tribunal colombiano abandonó progresivamente esta doctrina, para considerar que los derechos sociales en general, y el derecho a la salud en particular, son directamente derechos fundamentales. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional colombiana asigna extraordinaria importancia a la sola opinión de los médicos que atienden al demandante –como una opinión “basada en criterios científicos”–, frente a los argumentos de las entidades demandadas, reputados como tecnocráticos o meramente financieros⁴⁵.

⁴² Como hacen presente LÍRIO DO VALLE (2014, p. 78); y WUNDER HACHEM (2014, p. 127), la fundamentación para no limitar esta jurisprudencia a los desfavorecidos, de acuerdo a los tribunales, es que cláusula constitucional de salud alude de manera universal a toda la población, sin establecer alguna preferencia expresa por alguna parte de los ciudadanos. La protección constitucional al derecho a la salud es una emanación directa de la dignidad, característica que pertenece por igual y debiera ser igualmente protegida, por tanto, respecto de ricos y pobres.

⁴³ HOFFMAN y BENTES (2008, p. 142). Es el denominado efecto de “salto de fila” (*queue-jumping*)

⁴⁴ AFONSO DA SILVA y VARGAS TERRAZAS (2011, pp. 831–833).

⁴⁵ ELY YAMIN et al. (2013, pp. 138, 139 y 147). Los tribunales aceptan que el Estado pueda aducir falta de recursos para implementar una obligación específica,

Aunque este enfoque jurisprudencial permitió conceder a los accionantes una amplia variedad de bienes y servicios no incluidos⁴⁶ en los planes de salud establecidos⁴⁷, pronto se advirtió que la Corte terminaba otorgando beneficios en materia de salud en función del criterio, moralmente irrelevante, de quién cuenta con mejor acceso a la justicia. Quienes históricamente se han beneficiado con las acciones tutelares, son quienes gozan de mejor situación económica y que, además, cuentan con un paquete de beneficios más amplio⁴⁸. Por otro lado, algunos estudios indican que los fondos gastados por el FOSYGA⁴⁹ para reembolsar el costo de beneficios no incluidos en el POS, habrían tenido un mejor destino si se hubieran usado para ampliar la cobertura del régimen subsidiado o para financiar medidas de salud pública que se necesitan de manera imperiosa⁵⁰.

pero se le exige, en cambio, que delimite un plan para obtener los recursos necesarios y las medidas respectivas cuya implementación implica ese plan, que deben incluir, en todos los casos, oportunidades de participación y deliberación pública.

⁴⁶ Incluyendo la provisión de medicamentos antirretrovirales y oncológicos de precio elevado, la financiación del tratamiento de pacientes en el exterior cuando en Colombia no se disponía del adecuado, y muchos otros servicios, tales como implantes de mamas por ser necesarios para evitar la depresión aguda y problemas de autoestima, como resultado de una mastectomía. Ejemplos en ELY YAMIN et al. (2013, pp. 137–138)

⁴⁷ El POS o “Plan Obligatorio de Salud” es el conjunto de los beneficios de salud a los cuales tienen derecho todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social de Colombia

⁴⁸ De acuerdo a los datos aportados por los autores, más de la mitad de las demandas entabladas entre 1999 y 2008 fueron iniciadas por particulares afiliados al régimen contributivo. En contraste, menos de 20% fueron interpuestas por particulares pertenecientes al régimen subsidiado. En 2003, la tasa de uso de acciones tutelares para realizar reclamos vinculados con la salud fue casi seis veces mayor para el régimen contributivo que para el subsidiado. Además, los datos correspondientes al período 2006-2008, indican que la tasa de acciones tutelares solicitadas fue mayor en los departamentos más ricos que en los más pobres. Es probable que estos efectos se agraven en aquellos departamentos asolados por el conflicto armado interno que ha afectado a Colombia.

⁴⁹ El “Fondo de Solidaridad y Garantía”, que se define como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social colombiano. Los recursos se destinan para inversiones relacionadas a la salud. El FOSYGA administra, como subcuentas, la de compensación interna del régimen contributivo, y la de solidaridad del régimen de subsidios en salud.

⁵⁰ ELY YAMIN et al. (2013, pp. 141–144)

En un sentido similar, refiriéndose ahora al derecho a la vivienda, ALVEAR GARCÍA señala que la jurisprudencia colombiana en materia de derecho a la vivienda⁵¹, terminó beneficiando a los propietarios de clase media con deudas hipotecarias, confirmando una perspectiva de los derechos entendidos como acciones individuales, cuya suerte está íntimamente vinculada a la posibilidad de acceso al sistema legal. Concluye este autor que ni la jurisprudencia colombiana en materia de salud, ni en materia de vivienda, han tenido un impacto transformador en la distribución general de recursos en la sociedad colombiana, concentrándolos, por el contrario, en ambos casos, en la clase media⁵².

Conclusiones

Lo expuesto arroja una sombra de duda sobre el supuesto de que la justiciabilidad directa de los derechos sociales podrá, por fin, solucionar los problemas de la pobreza. Aunque una decisión activista no necesariamente equivale a una decisión errada⁵³, en nuestro campo específico la litigación de derechos sociales ha mostrado efectos nefastos, en términos presupuestarios y sociales. Al reducir los litigios de derechos sociales a una cuestión que debe dirimirse entre dos intereses contrapuestos –por un lado, el estado y sus alegaciones presupuestarias o de otro orden; por otro, el interesado y sus necesidades sociales–, la litigación basada en el discurso de los “derechos sociales” ha dispuesto soluciones unilaterales y reduccionistas, que dudosamente han favorecido a los más desposeídos.

El autor de estas líneas ignora cómo deben solucionarse los problemas sociales, o como puede mejorarse la calidad de la actividad política. Sí, en cambio, nos atrevemos a afirmar que, al menos en este campo, si la Política falla, no es papel del Derecho, ni de los jueces, el solucionar los problemas derivados de esa circunstancia, so pena de agravar los problemas que se pretenden remediar.

⁵¹ Especialmente la sentencia C-700, de 1999 que cuestionó el sistema de financiación de viviendas (UPAC), por basarse en determinados indicadores de mercado, en circunstancias de que la vivienda es un derecho social.

⁵² ALVIAR GARCÍA (2014, pp. 379-382)

⁵³ KMIEC (2004, p. 1473)

REFERENCIAS

- ABENDROTH, W. (1986). El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político. En W. Abendroth, E. Forsthoﬀ, & K. DOEHRING (Eds.), *Colección Estudios Sociales. El Estado social* (pp. 9–42). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ABRAMOVICH, V., & COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- AFONSO DA SILVA, V., & VARGAS TERRAZAS, F. (2011). Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. *Law & Social Inquiry*, 36(4), 825–853. doi:10.1111/j.1747-4469.2011.01252.x
- ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Bernal Pulido, Carlos (2ª ed.). *El Derecho y la justicia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALVIAR GARCÍA, H. (2014). Social, Economic and Cultural Rights and Economic Development: Limiting or Reinforcing the Market? En G. de BÚRCA, C. KILPATRICK, & J. SCOTT (Eds.), *Critical legal perspectives on global governance. Liber amicorum David M. Trubek* (pp. 369–382). Oxford, Portland, Or.: Hart Publishing.
- BON, P. (1992). La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (11). Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1240&IDA=35432>
- CROSS, F. B. (2001). The Error of Positive Rights. *UCLA Law Review*, 48, pp. 857–924.
- CURRIE, D. P. (1986). Positive and Negative Constitutional Rights. *The University of Chicago Law Review*, 53(3), 864–890. doi:10.2307/1599586
- ELY YAMIN, A., Parra Vera, O., & GIANELLA, C. (2013). Colombia: la protección judicial del derecho a la salud: ¿Una promesa difícil de cumplir? En A. E. YAMIN & S. GLOPPEN (Eds.), *Derecho y política. La lucha por los derechos de la salud. ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?* (1ª ed., pp. 127–157). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- GLENDON, M. A. (1998). El Lenguaje de los Derechos. *Revista Estudios Públicos*, (70), pp. 77–150. Recuperado de http://cepchile.cl/dms/archivo_1086_726/rev70_glendon.pdf

- HEYWOOD, A. (2010). *Introducción a la teoría política*. Traducción de Ramón Cotarelo. *Ciencia política: Vol. 32*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HOFFMAN, F. F., & BENTES, F. R. (2008). Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. En V. GAURI & D. M. BRINKS (Eds.), *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world* (pp. 100–145). Cambridge, New York: Cambridge University Press.
- KMIEC, K. D. (2004). The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, 92(5), 1441–1477.
- LÍRIO DO VALLE, V. R. (2014). Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: A Comparative Perspective. *Revista de Investigações Constitucionais*, 1(2), pp. 67–102. doi:10.5380/rinc.v1i2.40511
- LOEWENSTEIN, K. (1986). *Teoría de la constitución*. Traducido por Alfredo Gallego Anabitarte (2, Reimpresión). *Ariel Derecho*. Barcelona: Ariel.
- MARTÍNEZ ESTAY, J. I. (2010). Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena. *Estudios Constitucionales*, 8(2), pp. 125–166. doi:10.4067/S0718-52002010000200006
- MAURER, H. (2012). *Derecho administrativo alemán. Serie doctrina jurídica / Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Vol. 637*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MODERNE, F. (2002). ¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea? En M. CARBONELL (Ed.), *Serie Doctrina jurídica: Vol. 96. Derechos fundamentales y estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (1ª ed., pp. 493–527). México, D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MOTTA FERRAZ, O. L. (2011). Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, 89(7), pp. 1643–1668. Recuperado de <http://www.texasrev.com/89-texas-l-rev-1643/>
- PEREIRA MENAUT, A. C. (2003). *Sistema político y constitucional de Alemania: Una introducción* (1ª ed.). Santiago de Compostela, España: Tórculo Edicións.
- (2006). *Teoría constitucional y otros escritos*. Con la colaboración en la lección IX de José Ignacio Martínez Estay (Vol. 2). Santiago de Chile: LexisNexis.

- (2008). *Doce Tesis sobre la Política*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2010). *Política y Derecho*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- PÉREZ ROYO, J. (1984). La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4(10), pp. 157–181. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=312&IDA=24685>
- PIOVESAN, F., & STANZIOLA VIEIRA, R. (2006). Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, (15), pp. 28–146.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2000). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. En M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO, & R. VÁSQUEZ (Eds.), *Serie Doctrina jurídica: Vol. 28. Derechos sociales y derechos de las minorías*, pp. 15–65. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- SCHUCK, P. H. (2004). *El poder judicial en una democracia* (SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers). Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31
- SCHWABE, J. (Ed.). (2009). *Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. Traducido por Emilio Maus Ratz. México, D.F.: Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-1522-4-30.pdf?090716233852
- TOCQUEVILLE, A. d. (1911). *La democracia en América: Tomo I*. Traducción española por Carlos Cerrillo Escobar. *Biblioteca Científico-Filosófica*. Madrid: Daniel Jorro.
- WALDRON, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Traducido MARTÍ MÁRMOL, Josep Lluís; QUIROGA, Águeda. *Colección Filosofía y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- WILKINSON III, J. H. (2012). *Cosmic Constitutional Theory: Why Americans Are Losing Their Inalienable Right To Self-Governance* 107. Series Editor Geoffrey R. Stone. *Inalienable Rights*. New York: Oxford University Press.
- WUNDER HACHEM, D. (2014). Mínimo Existencial y Derechos Económicos y Sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 1(1), 93–138. doi:10.14409/rr.v1i1.4609

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional Alemán:

– *Numerus Clausus*, BverfGE No. 33, 303

– *Hartz IV*, BverfGE 9, 125; 175, 1

Tribunal Constitucional de Sudáfrica:

– Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033

Supremo Tribunal Federal de Brasil:

– Pet 1246 MC / SC – SANTA CATARINA (Supremo Tribunal Federal do Brasil, enero 31, 1997)

Corte Constitucional de Colombia:

– Sentencia T-760/08

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: rodrigopoyanco@gmail.com

A proteção do património cultural subaquático e a sua regulação jurídica na legislação espanhola¹

The protection of underwater cultural heritage and its legal regulation in spanish legislation

RUBÉN MIRANDA GONÇALVES²

Resumo: Neste artigo analisa-se a proteção do património cultural subaquático na legislação espanhola. A nível nacional, não existe nenhum texto legal que o proteja de maneira específica, por isso, o legislador procurou a sua proteção através do património arqueológico, que assim aparece reconhecido na Lei 16/1985, de 25 de junho, do Património Histórico Espanhol.

Palavras chave: *património cultural subaquático, património histórico, direito administrativo.*

Abstract: In this article analyses the protection of the underwater cultural heritage in the Spanish legislation. To national level, it does not exist any legal text that protect it on a specific way, therefore the legislator looked for his protection through the archaeological heritage that appears collected in the Law 16/1985, of 25 of June, of the Spanish Historical Heritage.

Key words: *underwater cultural heritage, historical heritage, administrative law.*

¹ Artigo apresentado no I Encontro Ibero-americano de Direito e Desenvolvimento, Universidade Nova de Lisboa. Quero manifestar meus agradecimentos aos professores e amigos: Jorge Bacelar Gouveia, Matheus Passos e Ruth Santos pela organização do evento e pelo convite para participar. Entregue: 3.1.2017; aprovado: 14.3.2017.

² Professor de Direito Administrativo no mestrado oficial de Advocacia da Universidade Europeia de Madrid. Doutorando em Direito Administrativo na Universidade de Santiago de Compostela, Mestre em Direito Administrativo e Licenciado em Direito com Grau (sobresaliente) pela Universidade de Santiago de Compostela. Ruben.miranda@usc.es

Questões prévias

Quando se fala de proteção do património cultural subaquático, há que se referir uma das novidades existentes na atualidade. Em Espanha, até à ratificação da Convenção sobre a Proteção do Património Cultural Subaquático da UNESCO, não existia nenhum texto legal que fizesse referência, de maneira específica, a este tipo de património. Não obstante, existiam algumas normas que, de maneira indireta ou de forma muito concreta, faziam algumas alusões ou referências a respeito desta matéria³.

Ainda que Espanha tenha uma lei sobre o património histórico, vigente desde o ano 1985, nela não se faz referência ao património cultural subaquático, algo que dificulta a sua proteção. Consciente desse facto, o legislador procurou refúgio no património arqueológico e concedeu proteção ao património cultural subaquático por equiparação ao património arqueológico.

Ao longo deste estudo analisar-se-ão os diferentes preceitos da lei de 1985, que afetam o património arqueológico e que, em suma, seriam aplicáveis ao património cultural subaquático.

O património cultural subaquático na Lei de Património Histórico Espanhol

A LPHE desenvolveu o objetivo constitucional da proteção do património histórico e cultural Espanhol. No número dois, do seu artigo 1.º, ainda que não se faça menção expressa ao património cultural subaquático, mas antes ao património arqueológico. Aí se refere que “*integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y los objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico*”.

A referência legal seguinte que afeta esta matéria é o conteúdo do artigo 15.º, número cinco, quando declara que a Zona Arqueológica

³ MIRANDA GONÇALVES, R., “Las bases jurídicas de la protección del patrimonio cultural subacuático en España”, *Ius Publicum*, nº 36, 2016, pp. 141-159.

é “el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas”. Este preceito, nas palavras de RUIZ MANTECA, “abre la posibilidad de que determinadas zonas o espacios situados en el lecho del mar territorial, en los que se encuentren objetos y restos sumergidos integrantes del patrimonio cultural subacuático, puedan ser declarados como Zonas Arqueológicas submarinas, con naturaleza de bien inmueble, y con consideración ellas mismas de tal patrimonio cultural subacuático, integrante del patrimonio histórico español”⁴.

A existência de uma menção exclusiva ao mar territorial não é muito adequada, porque, como assinala este autor, resulta uma incoerência que “*teniendo consideración de bienes integrantes del patrimonio histórico español los objetos arqueológicos situados en el mar territorial y en la plataforma continental, conforme al artículo 40.1, no quepa considerar Zona Arqueológica la ubicada en este último espacio marino, siempre y cuando exista conocimiento de que en la misma se encuentran esparcidos o diseminados una multiplicidad de tales bienes*”⁵.

Em relação ao seu conteúdo, o artigo 40.1, da LPHE, indica que “*forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la Plataforma Continental*”. Portanto, todos os bens móveis ou imóveis arqueológicos terrestres, como os subaquáticos fazem parte do Património Histórico Espanhol, sempre que estes tenham carácter histórico.

Da natureza jurídica destes bens dá-nos conta o artigo 44, da LPHE, que os declara bens de domínio público: “*son bienes de dominio público*”

⁴ RUIZ MANTECA, R.: *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional, público y privado*, Ministerio de Defensa, 2012, p. 584.

⁵ *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional, público y privado*, cit., p. 584.

todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar". Existe uma titularidade pública que comporta, como aponta BARCELONA LLOP, *"la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes que lo componen, así como la atribución a la Administración titular de los mismos de la cohorte de potestades que el ordenamiento arbitra para su defensa"*⁶. Esta opinião é também compartilhada por PRIETO DE PEDRO⁷, segundo os quais, faz com que estes bens fiquem protegidos pela Administração, ficando excluídos do tráfego jurídico.

Neste artigo nada se diz acerca dos achados debaixo de água. Não obstante, avançamos que existe em Espanha uma lei do ano 1962, a Lei 60/1962, de 24 de dezembro, relativa ao regime de auxílios, salvamentos, reboques, achados e extrações marítimas, que regula os achados e as extrações marítimas, ainda que, na identificada lei, não se faça referência expressa ao âmbito subaquático⁸.

Em suma e, como conclusão deste ponto, que nos ocupa, esta questão traz algumas complicações, já que as Comunidades Autónomas nos seus Estatutos de Autonomia declaram a titularidade autonómica sobre o dito património, o que cria dificuldades para se saber que administração tem competência sobre o dito património arqueológico. AZNAR GÓMEZ defende que a solução passa por *"ceder a éstas las competencias genéricas sobre el patrimonio cultural reservándose la Administración central determinadas competencias subsidiarias y residuales. En particular, la facultad de autorizar las prospecciones y excavaciones en el mar territorial español correspondería a los organismos pertinentes de cada Comunidad Autónoma en el ámbito particular de su litoral [...]* En todo caso, entendemos que debiera

⁶ BARCELONA LLOP, J.: "El dominio público arqueológico", *Revista de Administración Pública* n.º. 151, 2000, p. 139.

⁷ PRIETO DE PEDRO, J.: "Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1551 y ss.

⁸ MIRANDA GONÇALVES, R., "Las bases jurídicas de la protección del patrimonio cultural subacuático en España", *Ius Publicum*, n.º 36, 2016, p. 148.

*acudirse de nuevo al principio de cooperación y colaboración entre administraciones, derivado del principio de lealtad institucional a que se refiere la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*⁹.

Em caso de conflito, continua a salientar AZNAR GÓMEZ, que “*dada la no exclusividad autonómica en el ejercicio de estas competencias (al menos las referidas a la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental), debe recurrirse a lo establecido en el artículo 149, párrafos 1.28º y 3, de la Constitución*”¹⁰.

O património cultural subaquático como regime especial dentro do Património Histórico Espanhol

Este tipo de património está submetido a um regime especial, igual aquele que também está previsto para o património etnográfico, documental e bibliográfico. O legislador contemplou algumas disposições concretas para cada um deles. No caso que nos ocupa, o legislador dedicou os artigos 40 a 45 ao património arqueológico.

No primeiro número do artigo 40 estabelece-se o conceito de património arqueológico. Nessa disposição legal, o legislador estabelece que serão suscetíveis de ser considerados como património arqueológico “*los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental*”. Ao incluir tanto os bens móveis como os imóveis, o legislador faz referência a quaisquer tipos de bens que sejam encontrados no território espanhol, como por exemplo um navio afundado no mar.

⁹ AZNAR GÓMEZ, M.J.: *La protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 412-414.

¹⁰ *La protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, cit., p. 414.

Este artigo estrutura-se em três partes. Assim, integram o património arqueológico, os móveis e imóveis de carácter histórico, suscetíveis de serem estudados com recurso à metodologia arqueológica, que tenham sido ou não extraídos, independentemente de se encontrarem na superfície ou no subsolo, no mar territorial ou na plataforma continental. Nesse sentido, subscrevemos as palavras de ÁLVAREZ ÁLVAREZ quando assinala que é evidente que, quando o legislador faz referência à palavra “extraídos”, está a pensar “*en el subsuelo y en la actividad más típica de la arqueología, que es alumbrar o sacar a la luz lo que está oculto*”¹¹.

O legislador faz menção ao subsolo, mar territorial e plataforma continental. O entendimento que defendemos é que também se deve considerar como património cultural subaquático, o património que se possa achar em zonas aquáticas diferentes do mar territorial ou da plataforma continental, tais como rios, lagos, lagoas, águas interiores, etc. Com a redação deste artigo parece que só são considerados como património arqueológico os bens móveis ou imóveis que se encontrem no mar territorial ou na plataforma continental.

Uma das carências que, no nosso entendimento tem este artigo 40, da LPHE, é que não se contempla um critério temporário, enquanto na Convenção sobre a Proteção do Património Cultural Subaquático de 2001, se fixa em 100 anos.

O artigo 41 define o que a lei entende por escavação, prospeção e achados casuais¹² e, a seguir, nos artigos seguintes estabelecem-se as

¹¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Civitas, Madrid, 1989, p. 736.

¹² “1. A los efectos de la presente Ley son excavaciones arqueológicas las remociones en la superficie, en el subsuelo o en los medios subacuáticos que se realicen con el fin de descubrir e investigar toda clase de restos históricos o paleontológicos, así como los componentes geológicos con ellos relacionados.

2. Son prospecciones arqueológicas las exploraciones superficiales o subacuáticas, sin remoción del terreno, dirigidas al estudio, investigación o examen de datos sobre cualquiera de los elementos a que se refiere el apartado anterior.

3. Se consideran hallazgos casuales los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier otro tipo de remociones de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole”.

condições e os requisitos que estas têm de cumprir. Existem Comunidades Autónomas, como por exemplo a Catalunha, que preveem nos seus ordenamentos jurídicos, normas que regulam as escavações e as prospeções, entre elas, encontra-se o Decreto 155/1981, de 27 de fevereiro, da Generalidad de Cataluña, que aprova o regulamento sobre escavações arqueológicas na Comunidade.

Em primeiro lugar, *“toda excavación o prospección arqueológica, deberá estar autorizada por la Administración competente”* (artigo 42). Em segundo lugar, esta autorização *“obliga a los beneficiarios a entregar los objetos obtenidos debidamente inventariados, catalogados y acompañados de una Memoria, al Museo o Centro que la Administración competente determine y en el plazo que se fije, teniendo en cuenta su proximidad al lugar del hallazgo y las circunstancias que hagan posible, además de su adecuada conservación, su mejor función cultural y científica”*. Por último, como é de esperar, *“las excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente, o las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fueron autorizadas, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la Administración competente”* serão ilegais de acordo com o disposto na LPHE, e os seus responsáveis serão sancionados de acordo com a mesma lei.

Outra das notas relevantes, que a LPHE inclui, encontra-se no seu artigo 43, em que ante a presunção da existência de jazidas ou restos arqueológicos, paleontológicos ou de componentes geológicos com eles relacionados, a Administração competente tem os poderes necessários para ordenar a execução de escavações ou prospeções arqueológicas em qualquer terreno público ou privado do território Espanhol. Neste último caso, e para a determinação das correspondentes indemnizações, ter-se-á em conta o disposto na legislação sobre as expropriações forçadas.

A lei quis reconhecer como bens de domínio público, todos os objetos e restos materiais, que possuam os valores que são próprios do Património Histórico Espanhol e que sejam descobertos como

consequência de escavações, remoções de terra ou obras de qualquer índole ou por casualidade. Não obstante, estabelece uma obrigação para a pessoa que os descubra. Isto é, deve comunicar à Administração competente tal descoberta num prazo máximo de 30 dias, salvo a situação de um achado casual, em que a comunicação deverá ser imediata. Em ambos os casos, tanto para a descoberta casual como para a não casual, a LPHE dispõe que *“en ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil”*¹³. Portanto, jamais considerar-se-á como propriedade daquele que o descobriu. Este número está diretamente correlacionado com o número três do mesmo artigo. Ainda que não se aplique o artigo 351, do CC, a LPHE prevê um “prémio” tanto para aquele que descobre como para aquele que seja proprietário do lugar em que se tiver encontrado os objetos. A este propósito, o número três do artigo 44, dispõe que *“el descubridor y el propietario del lugar en que hubiere sido encontrado el objeto tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales. Si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción”*.

Continua a referir a lei neste mesmo artigo, no seu número dois, que *“una vez comunicado el descubrimiento, y hasta que los objetos sean entregados a la Administración competente, al descubridor le serán de aplicación las normas del depósito legal, salvo que los entregue a un Museo público”*.

Como salienta BARCELONA LLOP, *“la LPHE crea el dominio público arqueológico. Independientemente de que antes de ella existieran bienes de valor arqueológico de dominio público, patrimoniales o de propiedad privada, a partir de ella todos los que se descubran*

¹³ “El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor. Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las Ciencias o las Artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado”.

y sean susceptibles de estudio con metodología arqueológica son demaniales”¹⁴.

A lei não procura a flexibilidade e, em caso de não cumprimento do disposto tanto no número um como no número dois do artigo em questão, estabelece que “*privará al descubridor y, en su caso, al propietario del derecho al premio indicado y los objetos quedarán de modo inmediato a disposición de la Administración competente, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones que procedan*”.

Em suma, a LPHE conclui com base no estabelecido no artigo 45, que “*los objetos arqueológicos adquiridos por los Entes Públicos por cualquier título se depositarán en los Museos o Centros que la Administración adquirente determine, teniendo en cuenta las circunstancias referidas en el artículo 42, apartado 2, de esta Ley*”, preceito já analisado anteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L.: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Civitas, Madrid, 1989, p. 736.
- AZNAR GÓMEZ, M.J.: *La protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BARCELONA LLOP, J. “Patrimonio cultural submarino: dominio público, titularidad y competencias de las comunidades autónomas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 99-100, 2014, pp. 493-512.
- BARCELONA LLOP, J.: “El dominio público arqueológico”, *Revista de Administración Pública* nº. 151, 2000, pp. 133-166.

¹⁴ BARCELONA LLOP, J. “Patrimonio cultural submarino: dominio público, titularidad y competencias de las comunidades autónomas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 99-100, 2014, p. 497.

- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1990.
- MIRANDA GONÇALVES, R., “Las bases jurídicas de la protección del patrimonio cultural subacuático en España”, *Ius Publicum*, nº 36, 2016, pp. 141-159.
- RUIZ MANTECA, R.: *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional, público y privado*, Ministerio de Defensa, 2012.
- PRIETO DE PEDRO, J.: “Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: ruben.miranda@usc.es

O milagre do modelo de desenvolvimento dos países do báltico¹

The miracle of the development model of the baltic countries

RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA²

Resumo: No século XX os sistemas fiscais evoluíram nos países ocidentais no sentido da implementação de modelos progressivos. Porém, nos anos 90 do século passado deu-se início a um processo de modificação nos sistemas fiscais dos países da Europa continental, em especial em vários países da Europa oriental, como a Estónia, Letónia, Lituânia. O dilema que se colocou a estes países era se existiria uma alternativa ao modelo dos países ocidentais, tendo-se a Estónia apresentado de forma pioneira como o primeiro país da Europa a implementar um sistema fiscal de *flat tax*. O presente artigo propõe-se assim analisar esta alternativa, baseada na *flat tax*, que associa um sistema fiscal simplificado com um modelo liberal, no qual se pretende demonstrar a existência de efeitos positivos no crescimento económico, na eficiência e na equidade.

Palavras-chave: *sistema tributário; flat tax; crescimento económico.*

Abstract: In the 20th century the tax systems evolved in western countries towards the implementation of progressive models. However, in the 90 years of the last century began a process of modifying tax systems of the countries of

¹ Entregue: 3.1.2017; aprovado: 14.3.2017.

² Doutorando em Direito, pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Direito em Ciências Jurídico-Económicas, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 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). Investigador-Colaborador Estrangeiro no grupo de investigação “Teoria Jurídica do Mercado” da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil). Revisor na revista jurídica FA7, da Faculdade 7 de Setembro (Brasil) e da revista jurídica de Direitos Fundamentais e Tributação (Brasil). zeferino_ferreira@sapo.pt., Rua de Ceuta, 118 – 1º andar Porto, 4050 – 190 Porto

continental Europe, in particular in several eastern European countries, such as Estonia, Latvia, and Lithuania. The dilemma that if put to these countries was if there was an alternative to the model of the western countries, and Estonia presented a pioneer as the first country in Europe to implement a tax system of *flat tax*. This article proposes to analyze this alternative, based on the *flat tax*, which associates a simplified tax system with a liberal model, which aims to demonstrate the existence of positive effects on economic growth, efficiency and fairness. From the solution adopted by Estonia, with more than two decades of practical application, it is possible to overcome the old maxim that stated that “*fine in theory, just not practical in the real world*”.

Key words: *tax systems; flat tax; economic growth.*

1. Introdução

No século XX os sistemas tributários têm vindo a evoluir nos países ocidentais e desenvolvidos no sentido da implementação de modelos progressivos, existindo escassas exceções conhecidas até meados da década de 90 do século passado, como os casos da implementação da *flat tax* de 20% nas ilhas de Jersey e Guernsey, respetivamente, em 1940 e 1960, e de 16% em Hong-Kong, no ano de 1947. Porém, nos anos 90 deu-se início a um processo de modificação dos sistemas tributários dos países da Europa continental, em especial em vários países da Europa oriental, como a Estónia, Letónia, Lituânia, Rússia, Sérvia, Eslováquia, Ucrânia, Roménia, Geórgia, Macedónia, Montenegro, Republica Checa e Albânia.

A grande maioria dos países referenciados resultou da dissolução do bloco soviético, que perante a situação independência se viram confrontados com vários problemas, designadamente, os provenientes da inexistência de um modelo de sistema tributário coerente e da existência de uma economia planificada, em que era urgente converte-la para uma economia de mercado, bem como a constatação de que quanto mais complexos fossem os sistemas tributários mais fácil se tornaria para os governantes aumentar ainda mais a sua complexidade e obscuridade.

O dilema que se colocou a estes países era se existiria uma alternativa realista ao modelo dos sistemas tributários dos países da Europa ocidental, o que veio a ser conseguido com os modelos alternativos dos

países do báltico Europeu (Estónia, Lituânia e Letónia). Efetivamente existe uma alternativa, que hoje se pode afirmar como realista e não meramente utópica como sucedia nos anos 90, quando a Estónia se apresentou de forma pioneira como o primeiro país da Europa a implementar um sistema tributário de *flat tax*, que na época adotou uma taxa plana de 26%, sendo hoje tido como um modelo de sucesso, que permite que a Estónia tenha sido considerada, em 2014 e 2015, o país com o sistema tributário internacionalmente mais competitivo entre os países da OCDE.

O presente artigo propõe-se analisar esta via alternativa, baseada na *flat tax*, que associa um sistema tributário simplificado com um modelo económico liberal, no qual se pretende demonstrar a existência de efeitos positivos ao nível do crescimento económico, da eficiência e da equidade, através do estudo da solução adotada pela Estónia. A experiência de sucesso da *flat tax* teve o seu singular e simbólico início em 1994, quando este país adotou para o imposto pessoal e empresarial a *flat tax*, que se consubstanciou na aplicação de uma taxa plana de 26%, sem reduções ou deduções de taxas, com notáveis efeitos sobre o crescimento deste pequeno Estado do Báltico.

No final de mais de duas décadas de aplicação prática, é possível ultrapassar o que então era uma velha máxima que referia que “*Fine in theory, just not practical in the real world*”, mas que hoje é possível comprovar na prática o seu funcionamento e os seus efeitos positivos sobre a economia e o bem-estar.

2. A *Flat Tax* nos “Tigres” do Báltico

A *flat tax* dos países do Báltico, também apelidados de “tigres” do Báltico – Estónia, Letónia e Lituânia – não seguiram nos exatos termos os modelos apresentados por Robert Hall e Alvin Rabushka³, ou por Steve Forbes⁴. Na realidade, um puro sistema de *flat tax* nunca foi

³ HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007.

⁴ FORBES, Steve. *Flat Tax Revolution: Using a Postcard to Abolish the IRS*. Washington, D.C.: Regnery Publishing, Inc. 2005.

integralmente implementado até à presente data em nenhum Estado, pelo que a ideia de *flat tax* é imprecisamente referida como sendo a teorizada por Robert Hall e Alvin Rabushka.

Na atualidade, a expressão *flat tax* é utilizada para referir-se a uma taxa de imposto marginal única ou, taxa plana de imposto, sobre os rendimentos obtidos. A primeira diferença existente entre o puro modelo de *flat tax* e aquele que existe nos países do Báltico, em particular na Estónia, é que para além dos impostos sobre os rendimentos das pessoas físicas e jurídicas, estes países continuam a ter o imposto sobre o valor acrescentado. Adicionalmente, as reformas fiscais nestes países introduziram descontos e deduções de modo a garantir a existência de um determinado grau de progressividade no sistema tributário, em que tal desconto corresponde a um nível mínimo de rendimento isento da sujeição a tributação⁵. Nestes países também foram introduzidas as contribuições para a Segurança Social, o que permite que os mesmos não sejam desprovidos de Estado Social, aproximando-se do pensamento teórico dos Estados da Europa ocidental.

Embora existam diferenças teóricas e práticas, a Estónia detém um sistema tributário de *flat tax*, tendo em conta que o mesmo na sua globalidade funciona como um sistema de taxa de imposto única, no âmbito do qual cada cidadão sabe de antemão que os rendimentos obtidos irão ser tributados segundo a mesma taxa marginal de imposto. Neste sentido, o próprio Alvin Rabushka dá nota do seguinte:

*“All of these countries are flat tax regimes in the sense that there’s only one marginal rate of tax above the threshold. None of them meet 100% of the criterion of the (...) but in every case they are better than what they replaced”*⁶.

⁵ O valor deste desconto tem vindo a ser atualizado, encontrando-se fixado para 2016 em 2.040 –, tendo nos anos anteriores sido fixado em 1.848 – (2015); em 1.728 – (2011 a 2014); em 27.000 EEK (2008 a 2010); em 24.000 EEK (2006 e 2007); em 20.400 EEK (2005); em 16.800 EEK (2004); em 12.000 EEK (2001 a 2003); em 9.600 EEK (2000).

⁶ MURPHY, Richard. *A Flat Tax for the UK: The Implications of Simplification*. London, UK: Association of Chartered Certified Accountants, 2006, p. 23.

Com efeito, o modelo tributário adotado pela Estónia e que foi seguido pelos demais países da Europa central e de leste não é absolutamente plano (*flat*), uma vez que o mesmo cria alguma progressividade, ainda que de menor grau face ao sistema pré-existente.

A Estónia avançou para a implementação de uma reforma tributária sustentada na *flat tax* decorrente do estado de ineficiência que padecia, bem como da estagnação económica, que à data da sua implementação padecia. Em 1994, a taxa marginal do imposto para as pessoas físicas e jurídicas foi fixada em 26%, encontrando-se atualmente fixada em 20%, resultante de um processo de redução progressiva ao longo dos últimos 20 anos⁷. A sua introdução permitiu que a Estónia conhecesse um crescimento económico em cada ano de 9%, após o ajustamento da inflação, bem como atraiu investimento direto estrangeiro muito significativo. Por exemplo, em 2003, a atração foi de \$890 milhões de dólares e, em 2004, foi de \$926 milhões de dólares, o que representou um investimento dez vezes superior ao conseguido pela China.

Apesar da controvérsia em torno das vantagens dos sistemas tributários baseados na *flat tax*, há que reconhecer o sucesso de países como a Estónia, a que não é alheio o êxito da sua introdução. Ainda que se reconheça que o sucesso da Estónia e de outros países decorre de um conjunto alargado de reformas, o crescimento e o desenvolvimento socioeconómico destes Estados foi influenciado em grande medida pelo sucesso da introdução da *flat tax*. Neste sentido, Daniel Mitchell argumenta que “*the flat tax has helped Estónia become one of the world’s fastest growing economies*”⁸, uma vez que no seu entendimento a existência de uma taxa de imposto reduzida e a maior simplicidade dos sistema tributário conduzem ao efeito da curva de Laffer, segundo o qual as receitas de impostos em vez de reduzirem em consequência da redução da taxa de imposto, quase duplicaram no início dos anos de 2000, enquanto as receitas provenientes do imposto do rendimento sobre as pessoas jurídicas cresceu três vezes.

⁷ A taxa de imposto de 26% vigorou por um período inicial de 10 anos (até 2004), que poderá ser apelidado de período de implementação. Em 2005 passou para 24%, em 2006 para 23%; em 2007 para 22%; de 2008 a 2014 para 21% e, por fim, em 2015 fixou-se pela primeira vez em 20%.

⁸ MITCHELL, Daniel. *Baltic Beacon*. Wall Street Journal Europe, 20 junho, 2007.

A Estónia enquanto país europeu pioneiro na introdução da *flat tax* conheceu um período de crescimento económico sem precedentes, fenómeno que embora possa ter outras razões que o justificam, não poderá deixar de estar associado à implementação de uma reforma tributária radical, que tinha como elementos chave a simplificação e a introdução de uma taxa (plana) única de imposto.

3. Os fundamentos teóricos da *Flat Tax*

A teoria da *flat tax* tem como principais fundamentos o pensamento de Robert Hall e Alvin Rabushka, que a propuseram pela primeira vez num artigo no *Wall Street Journal*, em 1981, publicando posteriormente o livro “*The Flat Tax*”⁹. A teoria tem subjacente a ideia da aplicação de uma taxa de imposto uniforme sobre todos rendimentos sujeitos a imposto.

A *flat tax* pode adotar um conjunto variado de formas, incluindo um imposto sobre todo o rendimento a uma taxa única, um imposto segundo uma única taxa incidente sobre algumas partes do rendimento e um imposto incidente sobre a compra ou consumo dentro da economia. O princípio base de que partem os mencionados autores deriva do entendimento que os cidadãos devem ser tributados pelo seu consumo e não pelo investimento ou poupança, propondo a existência de uma taxa de imposto única para pessoas físicas e para pessoas jurídicas¹⁰, que na sua proposta deveria ser de 19%¹¹, percentagem que a solução da Estónia se vem aproximando progressivamente. Neste âmbito, a proposta apresentada por Steve Forbes foi mais arrojada, por entender que deveria ser a referida taxa de 17%, com generosas isenções para adultos e crianças¹². Ainda assim, ambas as propostas pressupõem a

⁹ HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007.

¹⁰ HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007, p. 90.

¹¹ HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007, p. 83.

¹² FORBES, Steve. *Flat Tax Revolution: Using a Postcard to Abolish the IRS*. Washington, D.C.: Regnery Publishing, Inc. 2005, pp. 60 e 66.

eliminação das deduções e das retenções sobre os pagamentos de juros, bem como dos impostos sobre os dividendos e os pagamentos de juros¹³.

A conceção do sistema tributário de Robert Hall e Alvin Rabushka deve corresponder a um imposto de consumo ou a um imposto sobre as despesas, em que o investimento e as vendas não são tributadas¹⁴. No seu entendimento é preferível a tributação do rendimento à tributação das vendas ou à imposição de um imposto sobre o valor acrescentado, decorrente de entenderem que um imposto sobre as vendas implicaria tributar os contribuintes mais pobres, que no sistema de *flat tax* estão isentos de impostos¹⁵. Por seu lado, Steve Forbes argumenta que a introdução de um imposto sobre as transações (imposto sobre o valor acrescentado) teria o efeito de aumentar o preço dos produtos e dos serviços e, consequentemente, de promover a fraude e a evasão fiscal¹⁶.

Em suma, os teóricos clássicos da *flat tax* resumem as principais vantagens ao aumento do crescimento económico, à simplicidade e à igualdade, tendo por base que a introdução de uma taxa de imposto marginal única permite aumentar os incentivos para o trabalho e, dessa forma, promover o crescimento da atividade empresarial, da formação de capital e da produção nacional¹⁷. Igualmente sustentam que a taxa de cumprimento será superior, com o correspondente aumento da eficiência administrativa. Esta circunstância permite o decréscimo da fraude e da evasão fiscal, gerando um crescimento ao nível das receitas provenientes dos impostos¹⁸. Por fim, sustentam estes autores ser mais justo, devido ao facto do contribuinte pagar os seus impostos na direta

¹³ HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007, p. 92; FORBES, Steve. *Flat Tax Revolution: Using a Postcard to Abolish the IRS*. Washington, D.C.: Regnery Publishing, Inc. 2005, pp. 63 e 68.

¹⁴ HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007, pp. 63, 79 e 81.

¹⁵ HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007, p. 81.

¹⁶ FORBES, Steve. *Flat Tax Revolution: Using a Postcard to Abolish the IRS*. Washington, D.C.: Regnery Publishing, Inc. 2005, p. 85.

¹⁷ HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007, p. 127.

¹⁸ HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007, p. 44.

proporção do rendimento, pelo que aqueles que ganhem mais pagarão proporcionalmente mais impostos, o que terá igualmente o efeito de promover o crescimento da liberdade individual, uma vez que taxas de imposto elevadas colocam em causa e condicionam a liberdade individual do cidadão¹⁹.

O debate tem sido gerado com especial ênfase nos argumentos favoráveis que sustentam que a *flat tax* cria crescimento económico, investimento, simplicidade e eficiência económica e administrativa e, no argumento desfavorável apresentado pelos opositores, que será causa de injustiça e de desigualdades, mas que como se verá não procede no caso da Estónia, que apresenta um coeficiente de Gini superior a vários países com sistemas fiscais progressivos, como é o caso do sistema tributário português, decorrente da implementação da isenção sobre os rendimentos mais baixos e do facto de deixarem de existir brechas legais, que beneficiavam sempre os titulares de rendimentos mais elevados, promovendo a equidade e a justiça tributária²⁰, ao contrário do que sustentam os seus opositores.

4. Case Study: Estónia

4.1. O ponto de partida²¹

A Estónia é um pequeno país situado junto da costa do mar Báltico, com uma superfície de cerca de 45.226 km quadrados e uma população de aproximadamente 1.34 milhões de pessoas, que esteve integrada na URSS até ter obtido a sua independência em 1991. Com a independência

¹⁹ HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007, p. 43.

²⁰ SAAVEDRA, Pablo. *Flat Income Tax Reforms*, In “Fiscal Policy and Economic Growth: Lessons for Eastern Europe and Central Asia”. Ed. Cheryl Gray et al. Washington DC: The World Bank, 2007, p. 255.

²¹ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Backgrounder. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, pp. 1-2. E do mesmo autor *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, pp. 32, 119 e 137.

este Estado apresentava uma economia destruída e sem perspectivas de crescimento, em que o produto interno per capita era aproximadamente de \$2.000 dólares (1987), enquanto o português era de \$4.804 dólares. Em 1992, a produção industrial decrescia cerca de 30%, a inflação crescia, designadamente nos preços dos combustíveis. Ademais, encontrava-se altamente dependente das trocas comerciais com a Rússia, que à data representavam 92% do total. Por fim, os produtos alimentares, e não só, eram objeto de racionamento e os bancos encontravam-se sem reservas para fazer face aos pagamentos de salários e pensões. Este era o cenário da Estónia nos momentos que antecederam a radical revolução tributária, com a introdução da *flat tax*.

4.2. As reformas económicas dos anos noventa

As reformas económicas empreendidas nos anos noventa na Estónia tiveram como grande impulsionador Mart Laar, que introduziu um programa económico radical, o qual foi rapidamente colocado em prática, como forma de obtenção de sucesso, no que concerne às medidas que teriam uma aplicação prolongada no tempo²², por exigirem um determinado período de maturação e consolidação.

O processo iniciou-se com um conjunto de reformas económicas, que decorrente da falta de recursos e de tempo para as implementar, seguiram um nível de simplicidade acrescido, em que os primeiros objetivos foram a estabilização macroeconómica e a reforma monetária. Nesse âmbito, foi introduzido o Kroon, que era pagável em marcos alemães, correspondente a um câmbio de 1 marco para 8 kroons²³, o que permitiu o ganho de confiança internacional na economia da Estónia²⁴. Ainda dentro da estabilização macroeconómica, a etapa seguinte passou pela estabilização orçamental, o que implicou a existência

²² LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Backgrounder. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 2.

²³ LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, p. 125.

²⁴ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Backgrounder. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 3.

de significativos cortes nos subsídios públicos, bem como a redução da dimensão do Estado²⁵. Nesse âmbito, as alterações introduzidas implicaram também cortes nos subsídios das empresas públicas, o que teve como consequência o desenvolvimento das empresas privadas²⁶.

Em paralelo, com as reformas económicas e financeiras, ocorreu uma modificação dos comportamentos e das atitudes da população, o que corresponde a um dos alicerces do sucesso do modelo da Estónia. Como afirmou Mart Laar “*had to be shaken free of the illusion (...) that somehow somebody else would solve their problem for them*”²⁷, uma vez que os cidadãos não estavam habituados a assumir o risco, e necessitavam de adotar medidas pró-ativas e de assumir as responsabilidades por eles próprios. Por isso, com os referidos cortes nos subsídios, designadamente, no setor industrial, foi passada a mensagem que era necessário começar a “trabalhar” para o seu próprio sucesso e não a esperar que o Estado resolvesse as suas necessidades²⁸. Os efeitos desta política macroeconómica foram quase imediatos, com a drástica descida da taxa de inflação e com o comércio a passar a desenvolver-se para ocidente e com as exportações a crescerem muito rapidamente.

A reforma económica passou depois por uma segunda etapa, baseada na abertura da sua pequena economia aos mercados mundiais, através da redução das tarifas aduaneiras e das barreiras ao comércio internacional, designadamente abolindo as restrições às importações, mas também às próprias exportações. Com a política de livre comércio a Estónia incrementou a competição, o crescimento económico e a reconstrução do tecido empresarial com o surgimento de novas empresas vocacionadas para as exportações e para os mercados internacionais²⁹.

²⁵ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Background. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 4.

²⁶ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Background. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 5.

²⁷ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Background. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 5.

²⁸ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Background. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 5.

²⁹ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Background. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 6.

Por fim, promoveu um dos principais alicerces do seu desenvolvimento económico, consubstanciado no programa de privatizações, que eliminou a existência de bancos do Estado, implementou a reforma da propriedade privada e da privatização da economia³⁰. Em associação ao desenvolvimento da ordem jurídica criou um ambiente favorável ao desenvolvimento da economia de mercado, para que o investimento estrangeiro pudesse entrar em quantidades absolutamente notáveis para a dimensão do país, bem como para combater a corrupção³¹. Com as reformas relativas à propriedade privada, a Estónia promoveu, por um lado, a reversão das nacionalizações e da confiscação de propriedades privadas e, por outro, a devolução aos titulares anteriores ou, quando tal não fosse possível, a atribuição de *vouchers* como compensação.

Terminado este processo de ajustamento macroeconómico e de abertura à economia de mercado, que durou cerca de dois anos, entre 1992 e 1994, iniciou-se a implementação da reforma tributária fundada na introdução da *flat tax*.

4.3. A introdução da Flat Tax

Em 1 de Janeiro de 1994 foi introduzida a *flat tax*, correspondente a uma taxa de 26% sobre o rendimento pessoal, o que tornou a Estónia o primeiro país europeu a adotar um modelo baseado numa taxa de imposto plana sobre o rendimento. O antigo sistema tributário era progressivo, com uma taxa máxima de imposto de 33%, que incluía um imposto sobre o rendimento de pessoas físicas, imposto sobre o rendimento de pessoas jurídicas, imposto sobre o valor acrescentado nas transações de bens e prestações de serviços, e contribuições para a segurança social, correspondente a uma taxa de 20% sobre os salários pagos³².

³⁰ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Background. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 8

³¹ LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, p. 228.

³² LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, pp. 92-93.

A introdução da *flat tax* na Estónia ficou-se a dever em grande parte à iniciativa de Mart Laar³³, segundo o qual a sua implementação era fundamental para criar um ambiente propício ao desenvolvimento empresarial e industrial do país, uma vez que a desregulamentação e a liberalização dos setores económicos eram insuficientes para alcançar tal objetivo³⁴. Com efeito, argumentava que os empresários não se sentiriam motivados a empreender novas atividades e negócios enquanto de «*the tax system punished success*»³⁵, pelo que defendeu com êxito a necessidade imperiosa de implementar um sistema tributário que garantisse a salvaguarda da poupança e do investimento privado³⁶.

Com vista a alcançar tais objetivos era necessário que o sistema tributário a implementar respeitasse o princípio da simplicidade, não implicasse elevados custos de acatamento, bem como garantisse a transparência e a fácil compreensão para os contribuintes. No caso da Estónia, para lá dos referidos objetivos existiu uma outra razão que possibilitou a implementação da *flat tax*, que derivou do facto de ser uma economia em transição com um débil aparelho estatal, o que implicaria uma dificuldade adicional para a introdução de impostos e formas de arrecadação complexos, como sucede com os sistemas tributários progressivos da Europa ocidental. Nesse sentido, o sistema tributário introduzido na Estónia teria de ter uma ampla base tributária e o mais reduzido número de isenções que fosse possível, de modo a criar um desincentivo ao abuso, fraude e elisão fiscal. No que respeita à fixação da concreta da taxa de imposto, a mesma deveria ser a mais baixa possível, de forma a ser ela própria um incentivo à atividade económica e ao investimento estrangeiro³⁷.

³³ LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, p. 273.

³⁴ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Background. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 9.

³⁵ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Background. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 9.

³⁶ LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, p. 272.

³⁷ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Background. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 9.

A implementação da *flat tax* não foi uma tarefa fácil, tendo sido vista inicialmente como uma medida demasiado radical, tanto pelos consultores das instituições internacionais como pelos representantes da burocracia interna, segundo os quais tal sistema não funcionaria e destruiria os pilares do Estado social³⁸. A estes argumentos acrescia ainda outro, que resultaria da existência de um risco de diminuição das receitas do Estado, decorrente da existência de um exíguo orçamento de Estado. Porém, foi possível chegar a um compromisso político e social para aprovar a Lei que estabeleceu uma nova taxa de imposto – *flat tax*, a qual foi estabelecida segundo uma taxa de 26%, tanto para os contribuintes físicos (pessoas singulares) como para os jurídicos (pessoas coletivas)³⁹.

Em paralelo, com a introdução da *flat tax* tiveram lugar outras reformas fiscais, o que é importante salientar, porque o sucesso do modelo da Estónia deve-se ao conjunto agregado das várias reformas, ainda que esta tenha tido um peso significativo no sucesso alcançado. Os resultados das reformas, em especial da *flat tax*, foram imediatos, ao ponto de apesar das alterações governativas e da oposição⁴⁰ inicial à reforma tributária a mesma se ter mantido até hoje⁴¹, com poucas alterações ao nível das isenções e das taxas. Ainda assim, no que respeita à taxa plana de imposto, vêm-se verificando uma redução progressiva na taxa de imposto até aos atuais 20%.

4.3.1. Sistema Fiscal atual

O sistema fiscal adotado pela Estónia é composto pelo imposto sobre o rendimento; imposto sobre o valor acrescentado (imposto sobre o consumo); impostos especiais sobre o consumo, designadamente sobre

³⁸ LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, p. 274.

³⁹ LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, pp. 274-276.

⁴⁰ A oposição foi acima de tudo oriunda da ala esquerda do Partido de Centro Estónio, sendo que a mesma não apresenta na atualidade relevância.

⁴¹ LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Background. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007, p. 10.

o álcool e o tabaco; e a taxa social (contribuições para a segurança social). Por outro lado, existem ainda alguns impostos municipais, como é o caso do imposto sobre a propriedade e as vendas, mas que na globalidade do sistema tributário têm pouca relevância. No que respeita aos benefícios fiscais, os mesmos são na grande maioria de natureza nacional, embora existam alguns benefícios conferidos pelos municípios, mas que têm igualmente pouca expressão.

O imposto sobre o rendimento funciona conforme se afirmou com base numa *flat tax*, que em 1994 foi fixada em 26%, mas que veio gradualmente a decrescer até atingir os 20%, o que tornou a Estónia num país altamente competitivo. Ora, este imposto ao contrário do que muitos afirmam, nomeadamente, os defensores dos sistemas tributários progressivos, prevê uma isenção anual básica de rendimentos de € 2.040/ano, bem como uma isenção adicional para os pensionistas de € 2.700/ano. Esta circunstância confere ao sistema tributário de *flat tax* alguma progressividade, bem como afasta a ideia que o mesmo não seja inteiramente conforme ao princípio da justiça. Adicionalmente a estas isenções, existem algumas deduções, que incluem os pagamentos relativamente a contribuições para seguros de desemprego e os pagamentos de empréstimos associados à habitação.

4.3.2. *Influência Externa sobre o sistema tributário atual*

Nos primeiros anos da transição, o modelo fiscal de sucesso que viria a ser implementado na Estónia beneficiou de um conjunto de influências externas, as quais ajudaram na construção das reformas empreendidas. As mais importantes surgiram da Fundação *Heritage*, do Instituto Republicano Internacional e do Instituto Adam Smith, que influenciaram de modo significativo os pensadores nacionais. Em sentido contrário, não foram adotadas as recomendações de várias entidades externas, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, que advogavam as soluções tradicionais dos sistemas tributários progressivos dos países da Europa ocidental.

Por outro lado, na construção do seu específico modelo de desenvolvimento, centrado num sistema tributário de *flat tax*, foram observadas

as experiências de outros países com economias em transição, tendo as reformas introduzidas quatro anos antes na Alemanha Ocidental tido uma grande influência, como sucedeu por exemplo com a reforma monetária, decalcada daquela que foi introduzida nesse país⁴². A Estónia olhou em particular para um conjunto de princípios que veio a introduzir, como suporte do seu modelo de desenvolvimento, por influência das reformas na Alemanha ocidental, e que foram principalmente a estabilidade monetária, a existência de um mercado livre, a consagração do princípio da propriedade privada e a introdução dos princípios liberais na economia, o que implicou a existência de uma intervenção limitada do Estado na economia⁴³. Ao invés do que sucedia em outros modelos de desenvolvimento, em que o principal objetivo era a criação em primeiro lugar do Estado Social, independentemente de tudo resto, a Estónia seguindo o exemplo da Alemanha ocidental estruturou o seu desenvolvimento em reformas económicas que permitissem como decorrência criar um Estado de bem-estar sustentável⁴⁴.

Contudo, os exemplos mais próximos e que por isso foram observados com extrema atenção, de modo a retirar as vantagens e a eliminar as desvantagens, foram o dos países da Europa central e de leste, como é exemplo a reforma empreendida pela Polónia. Esta reforma foi estruturada com base no equilíbrio orçamental, no financiamento limitado pelo banco central, e as políticas económicas delineadas com base numa política tributária e de taxas de câmbio fixas⁴⁵, em que o objetivo era construir uma economia centrada na propriedade privada, no mercado livre e na integração nos mercados internacionais. No caso da Hungria, tomou em consideração os efeitos da supressão das vantagens especiais concedidas aos investimentos estrangeiros. Por fim, observou os efeitos da política de privatizações na Republica Checa e

⁴² LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, pp. 144-145

⁴³ LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, p. 146.

⁴⁴ LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, p. 147.

⁴⁵ LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, pp. 155-156.

o estabelecimento na Alemanha ocidental de entidades independentes para o acompanhamento dos processos de privatizações⁴⁶.

Em relação à introdução do sistema tributário de *flat tax*, o modelo de desenvolvimento da Estónia observou as propostas teóricas de Milton Friedman, que havia proposto um imposto sobre o rendimento proporcional, sendo que à data os únicos modelos disponíveis para serem examinados eram os de Jersey, Guernsey e Hong Kong⁴⁷. Neste âmbito, foi observada a existência de uma taxa em Hong Kong de 15%, que no pensamento de Mart Laar poderia ser introduzida na estrutura tributária da Estónia com sucesso, como se veio a suceder. Este autor via a Estónia como a Hong Kong da Europa, com base na comparação geográfica deste país com a China e da Estónia com a Rússia.

4.3.3. Os resultados do sistema de Flat Tax

Com a introdução do sistema fiscal baseado na *flat tax*, o volume do imposto sobre o rendimento pessoal pago, as receitas daí resultantes para o orçamento de Estado e o Produto Interno Bruto aumentaram consecutivamente. Embora não se possa fazer uma associação direta e tenham existido no período em questão algumas oscilações, a verdade é que o indicador do Produto Interno Bruto cresceu sempre de forma consistente nos últimos 20 anos, pelo que não se pode negar a relevância da *flat tax*, ainda que esse resultado seja consequência também de outras reformas. Por outro lado, a sua introdução trouxe inegáveis vantagens ao nível da simplificação do sistema tributário, existindo uma perceção generalizada na sociedade que o mesmo é justo, ao contrário do que se poderia pensar, por não existir uma acentuada progressividade como ocorre na maioria dos sistemas tributários ocidentais.

A simplicidade, a clareza e a transparência do sistema tributário permitiram o maior e mais adequado desenvolvimento económico, o

⁴⁶ LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002, pp. 158-159.

⁴⁷ MITCHELL, Daniel. *Flat World, Flat Taxes*. Washington DC: The Cato Institute, 2007.

que não poderá deixar de ser uma das causas da melhoria dos indicadores macroeconómicos.

A introdução da *flat tax* teve ainda efeitos sobre o mercado de trabalho, pois o imposto criou incentivos para o trabalho e respetiva produtividade. Assim, de acordo com o estudo do Banco da Estónia⁴⁸ haverá um efeito positivo no incentivo há participação no mercado de trabalho, bem como na própria oferta de trabalho. Acresce que o estudo demonstra que alterações ao nível da taxa de imposto (e da isenção de imposto) tem efeitos consideráveis, pelo que de acordo com o nível de rendimentos a reação pode ser mais ou menos elástica a determinados tipos de alterações. Com efeito, verificou-se que as classes de rendimentos superiores reagem acima de tudo ao crescimento ou à redução da taxa, enquanto as classes de rendimentos médios e baixos às alterações da isenção de tributação.

5. Conclusões

A introdução da *flat tax* na Estónia criou incentivos no mercado de trabalho, bem como promoveu o crescimento da atividade económica, com efeitos ao nível da produtividade e do crescimento do produto nacional. Ainda que em outros países que adotaram este sistema tributário esses efeitos não sejam tão evidentes, no caso da Estónia essa consequência é notória. Também ao nível do sentimento de confiança da sociedade, existe hoje uma quase completa unanimidade acerca da justiça do sistema tributária implementado. Do ponto de vista macroeconómico é evidente o crescimento do Produto Interno Bruto, o qual pode ter muitas razões, mas que não se pode negar que resulte de uma significativa influência do sistema tributário implementado, bem como promoveu a inexistência de défices orçamentais e de uma insignificante dívida pública.

⁴⁸ STAEHR, Karsten. *Estimates of Employment and Welfare Effects of Personal Labour Income Taxation in a Flat-tax Country: The Case of Estonia*. Estónia: Banco da Estónia. 2008.

A introdução da *flat tax* implicou a existência de um nível de rendimentos que é isento de imposto, o qual é maior que nos sistemas fiscais progressivos. Esta circunstância permite que os titulares de rendimentos mais baixos não sejam tributados, bem como garante alguma progressividade quanto aos demais, de forma a tornar o sistema equitativo. Por esta via este sistema tributário conseguiu que os titulares de rendimentos mais baixos paguem menos impostos que pagariam se estivesse em vigor um sistema tributário progressivo tradicional. Ademais, no caso do sistema tributário da Estónia, ao contrário do que sucede com a Lituânia e a Letónia, também os titulares de rendimentos mais elevados pagam menos impostos do que pagavam anteriormente, o que se vem acentuando com a regressão da taxa de imposto de 26% até 20%. Esta diminuição tem por efeito permitir que também os titulares de rendimentos médios (classe média) seja beneficiada por uma taxa de imposto menor do que aquela que pagaria no sistema fiscal progressivo tradicional.

Ao contrário do que alguns autores sugerem⁴⁹, o sistema tributário de *flat tax* não agrava as desigualdades, não se podendo utilizar o coeficiente de Gini para fazer a comparação entre a situação anterior e posterior à introdução da *flat tax*, uma vez que as condições de uma economia de mercado e economia de transição não são equiparáveis, mas antes devia-se comparar os atuais dados com o de outros países ocidentais, em que os valores são similares a países como Reino Unido, Itália e Espanha, sendo inclusivamente melhores do que em países como a Grécia e Portugal.

Deste modo, ao contrário da opinião da referida Deena Greenberg não é possível concluir que os impostos de *flat tax* são menos equitativos e que são incapazes de aliviar as desigualdades. Inclusivamente, esta autora reconhece que a *flat tax* apresenta um nível distributivo comparável com as taxas progressivas de outros países. Neste sentido, refere que «*There is also no evidence from this analysis that flat tax*

⁴⁹ Segundo Deena Greenberg, “*The Flat Tax: Na Examination of the Baltic States*” 01 de Março 2009. CUREJ: *College Undergraduate Research Electronic Journal*, Universidade da Pensilvânia, in <http://repository.upenn.edu/curej/130> os dados anteriores à introdução à *flat tax* mostram um coeficiente de Gini mais favorável, isto é, existiria um menor grau de desigualdade, o qual terá aumentado com a implementação da *flat tax*.

countries have significantly higher inequality overall than progressive tax countries, an argument frequently used by opponents of the flat tax». Efetivamente, também o relatório do Banco Mundial acerca da implementação da *flat tax* na República Eslováquia permite concluir que a pobreza diminuiu, sugerindo um efeito positivo da reforma fiscal nesta consequência de diminuição das desigualdades sociais ⁵⁰.

Por fim, no âmbito da simplicidade e do “*compliance*”, a reforma tributária tornou o pagamento dos impostos significativamente mais simples e compreensível para os contribuintes. A simplicidade representa o argumento mais forte para que as economias em transição tenham adotado da *flat tax*. Com efeito, o modelo de desenvolvimento da Estónia assentou com grande sucesso num sistema fiscal simplificado, em que a grande maioria das deduções e isenções foram removidas, reduzindo acentuadamente os custos de acatamento, decorrente da simplicidade administrativa que lhe está associado.

Como se afirmou, o sucesso alcançado pelo modelo da Estónia certamente não terá como única causa a introdução da *flat tax*, mas a existência de um sistema fiscal transparente e de fácil compreensão e utilização foi um importante apoio para o crescimento económico e para a captação de investimentos externos. Por outro lado, a simplicidade e compreensão do sistema tributário trouxe agregado o aumento da recolha de receitas fiscais e criou incentivos ao cumprimento das obrigações tributárias. Inversamente, desincentivou a evasão e a fraude fiscal, decorrente do risco associado a tais condutas ter deixado de compensar. Por isso, a *compliance* cresceu tal como reconhecem Ivanova, Keen e Klemm a propósito da análise da reforma da Rússia com a implementação da *flat tax*⁵¹.

⁵⁰ SAAVEDRA, Pablo. *Flat Income Tax Reforms*, In “Fiscal Policy and Economic Growth: Lessons for Eastern Europe and Central Asia”. Ed. Cheryl Gray et al. Washington DC: The World Bank, 2007, p. 260.

⁵¹ IVANOVA, Anna; KEEN, Michael; KLEMM, Alexander. “*The Russian Flat Tax Reform*”, IMF Working Paper n.º 05/16, Fundo Monetário Internacional, Janeiro de 2005.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FORBES, Steve. *Flat Tax Revolution: Using a Postcard to Abolish the IRS*. Washington, D.C.: Regnery Publishing, Inc. 2005.
- GREENBERG, Deena. “*The Flat Tax: Na Examination of the Baltic States*” 01 de Março 2009. CUREJ: *College Undergraduate Research Electronic Journal*, Universidade da Pensilvânia, in <http://repository.upenn.edu/curej/130>
- HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The Flat Tax*. Stanford: Hoover Institution Press, 2007.
- IVANOVA, Anna; KEEN, Michael; KLEMM, Alexander. “*The Russian Flat Tax Reform*”, IMF Working Paper n.º 05/16, Fundo Monetário Internacional, Janeiro de 2005
- LAAR, Mart. *Estonia: Little Country that Could*. London: Centre for Research into Post-Communist Economies, 2002.
- LAAR, Mart. *The Estonian Economic Miracle*, in Backgrounder. Washington DC: The Heritage Foundation, 7 Agosto, 2007,
- MITCHELL, Daniel. *Baltic Beacon*. Wall Street Journal Europe, 20 junho, 2007.
- MURPHY, Richard. *A Flat Tax for the UK: The Implications of Simplification*. London, UK: Association of Chartered Certified Accountants, 2006
- SAAVEDRA, Pablo. *Flat Income Tax Reforms*, In “Fiscal Policy and Economic Growth: Lessons for Eastern Europe and Central Asia”. Ed. Cheryl Gray et al. Washington DC: The World Bank, 2007, p. 255.
- STAEHR, Karsten. *Estimates of Employment and Welfare Effects of Personal Labour Income Taxation in a Flat-tax Country: The Case of Estonia*. Estónia: Banco da Estónia. 2008.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: zeferino_ferreira@sapo.pt

Os deveres impostos pelo direito humano a um nível adequado de vida¹

The duties imposed by the human right to an adequate standard of living

THIAGO SANTOS ROCHA²

Resumo: O presente estudo visa analisar quais são os deveres impostos pelo direito humano a um nível adequado de vida, usando como referência o previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em especial em seus artigos 25 e 28, e detalhado nos artigos 9º ao 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966. Neste contexto, tal estudo visa expor em âmbito teórico que o direito humano a um nível adequado de vida traz em si a imposição de deveres aos agentes que se encontram em posição de responsabilidade para com a efetivação das necessidades básicas que o assegurem. Adotou-se método dedutivo de abordagem, utilizando-se das concepções sobre a abrangência do direito humano a um nível adequado de vida, os deveres positivos e negativos a ele relacionados, bem como temas relativos a responsabilidade direta e indireta pela lesão a direitos humanos. 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 presente artigo desenvolve a ideia de que o direito humano a um nível adequado de vida impõe deveres negativos e positivos aos responsáveis por assegurar uma ordem social e internacional em que as necessidades básicas possam ser plenamente realizadas.

Palavras-Chave: *Direitos Humanos, Justiça Global, Nível Adequado de Vida.*

¹ Entregue: 3.1.2017; aprovado: 14.3.2017.

² 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; Núcleo de Estudantes Luso-brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa

Abstract: The present study aims at analyzing the duties imposed by the human right to an adequate standard of living, using as reference the provisions of the Universal Declaration of Human Rights of 1948, especially articles 25 and 28, and detailed in articles 9 to 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) of 1966. In this context, this study aims at exposing in theoretical terms that the human right to an adequate standard of living entails the imposition of duties on the agents who are in a position of responsibility for the fulfillment of the basic needs that assure it. A deductive method of approach was adopted, using conceptions about the scope of the human right to an adequate standard of life, the positive and negative duties related thereto, as well as subjects related to direct and indirect responsibility for the human rights harm. An analysis of the normative text of human rights treaties and covenants was carried out, as well as statistical data collected by international institutions, in particular by the various UN agencies (eg FAO, UNICEF, WHO, UNESCO). This article develops the idea that the human right to an adequate standard of living imposes negative and positive duties on those responsible for ensuring a social and international order in which basic needs can be fully realized.

Key Words: *Human Rights, Global Justice, Adequate Standard of Living.*

Introdução

Este estudo se propõe a analisar se o direito humano a um nível adequado de vida trata-se, ou não, de um direito exigível, com deveres correlatos e, em caso afirmativo, quais seriam os agentes que, direta ou indiretamente, possuem responsabilidade moral de respeito a tais deveres.

Conforme dispõe o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

Os componentes de tal direito são detalhados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, em especial nos artigos 9º a 13. Destaque-se que o PIDESC fora assinado

por 164 Estados Partes, sendo que, até o momento, 06 deles, dentre os quais os Estados Unidos da América, não o ratificaram.

Embora a relevância do atendimento às necessidades humanas básicas, dentre as quais podemos destacar a alimentação, a saúde, a moradia e a educação, seja inegável, há quem questione a existência do direito humano a um nível adequado de vida, e até mesmo dos direitos sociais como um todo, por rejeitar a existência de deveres positivos a eles correlatos.

O reflexo prático disto é que, embora seja incontroverso o dever de não privar alguém das condições de satisfação de suas necessidades básicas, não faltam exemplos atuais de não atendimento das condições mínimas à existência humana em grande parte da população mundial, sem que haja qualquer responsabilização por isto.

Como, nos moldes da concepção tradicional de violações a direitos humanos, não se vislumbram com clareza os elementos de responsabilização de tais violações, não há uma perspectiva de superação de tal situação de não respeito em grande escala ao direito a um nível adequado de vida.

1. Limitações da concepção tradicional de violações a direitos humanos

Para que se possa analisar “o que” se pode demandar “de quem” no âmbito de direitos humanos, antes há de se estudar quais seriam os elementos caracterizadores de uma conduta que pode ser considerada violação a tais direitos.

A concepção tradicional, quer seja em fundamentos utilitaristas ou kantianos, afirma que há uma lesão a direito humano quando é possível identificar e individualizar, sob a ótica de existência de deveres correlativos, a conduta lesiva, o agente perpetrador da lesão e a vítima.

Este paradigma é perfeitamente aplicável em casos de lesões aos chamados direitos civis e políticos como, por exemplo, o direito de não ser torturado e o direito à propriedade. Em tais situações, uma vez verificada a conduta lesiva, são facilmente identificáveis o agente perpetrador e as vítimas diretamente lesadas.

Tomemos o exemplo do direito a não ser torturado. Caso ele seja violado, verifica-se facilmente quem foi a vítima da tortura, quem foi o agente torturador bem como as medidas sancionadoras e reparadoras de acordo com o ordenamento jurídico aplicável.

O mesmo é válido para o direito à propriedade. Qualquer das formas de violação a ele deixam claro quem era o proprietário, qual o bem sobre o qual incidiu a lesão, o agente responsável pela violação e, por consequência, as medidas sancionadoras e reparadoras.

Todavia, este raciocínio não possui êxito quando se trata de analisar o desrespeito, em suas diversas formas, aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Tomem-se como exemplo quatro das principais necessidades básicas componentes do direito humano a um nível adequado de vida: alimentação, saúde, moradia e educação.

Sobre o direito à alimentação, conforme dados do relatório O Estado da Insegurança Alimentar no Mundo 2015, elaborado pela FAO, dos aproximadamente 7 bilhões de seres humanos no mundo, 795 milhões não comem o suficiente para serem considerados saudáveis³.

No que toca a alguns aspectos essenciais da saúde, o Relatório de Progresso em Saneamento e Água Potável 2015, elaborado por UNICEF e OMS, mostra que 2,4 bilhões de seres humanos vivem sem saneamento básico, sendo que mais de 663 milhões não tem acesso a água potável⁴.

Quanto ao direito à moradia adequada, conforme exposto no Relatório Cidades do Mundo 2016, desenvolvido pela UN-HABITAT, 881 milhões de seres humanos vivem em favelas ou assentamentos urbanos informais⁵.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT). *World Cities Report 2016. Urbanization and Development: Emerging Futures*. Nairobi: United Nations Human Settlements Programme, 2016.

Frise-se que, por moradia adequada, não se entende apenas um lugar com paredes e teto, mas compreende, dentre outros aspectos, uma condição de ocupação estável de moradia em localização adequada, em áreas urbanas ou rurais, com acesso a serviços de saúde, escolas, creches e transporte público.

Quanto à educação, conforme mostra o Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos 2000-2015, da UNESCO, 780 milhões de adultos são analfabetos⁶.

Em outras palavras, tomando por universo de análise a população mundial, mais de 11% não tem acesso ao mínimo de alimentos necessários ao seu desenvolvimento saudável, proporção semelhante é verificada para o número de adultos analfabetos, mais de 34% não possui saneamento básico, 9,5% não tem acesso a água potável e 12,5% não possui moradia adequada.

Mesmo assim, para o paradigma conceitual tradicional, não se está perante uma situação de violação a direitos humanos pois não se poderia identificar quais são os agentes perpetradores de tal lesão e, consequentemente, responsáveis pela reparação.

Thomas Pogge aponta dois erros basilares neste paradigma tradicional. O primeiro reside no fato de considerar o direito a um nível adequado de vida como estritamente um “direito a”, ou seja, um direito a uma prestação específica imediata e suficiente para atendê-lo. Considere-se o exemplo de um incontroverso direito humano, o de não ser torturado. Seria ele violado somente se alguém torturasse outra pessoa? Ou seria também violado caso alguém contribuisse para uma ordem social na qual a tortura é admitida? Haveria também violação ao dever nas situações em que uma pessoa possa, sem grande sacrifício, evitar que outra seja torturada?⁷

O segundo erro estaria em assumir que o direito humano a necessidades básicas implica em deveres implausíveis, o que, via de consequência,

⁶ 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.

⁷ 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. 14.

levaria à conclusão de que tal direito não existe. Pogge mostra que, aquilo que se merece afastar, é a específica concepção de tal direito que leve a deveres implausíveis, e não afastar a existência do direito como um todo⁸.

2. Alternativas à concepção tradicional de violações a direitos humanos

Perante a insuficiência da concepção tradicional em dar uma resposta satisfatória às situações de lesão em larga escala ao direito humano a um nível adequado de vida, Thomas Pogge propõe repensar tais paradigmas, destacando duas diferentes formas pelas quais um direito humano, qualquer que seja ele, pode implicar em um dever: correlação e pressuposição.⁹

A primeira dessas formas seria direta, por correlação, ou seja, deveres que possuem relação imediata com os direitos violados. Por exemplo, o direito do indivíduo X não ser torturado implica diretamente o dever do indivíduo Y não torturar X. Caso Y não cumpra este dever, imediatamente viola o direito de X.

A segunda forma seria indireta, por pressuposição. Ainda seguindo o exemplo do direito de X não ser torturado, qualquer fundamento plausível para este direito implica a todos os demais indivíduos o dever moral de proteger X da tortura, em situações que não gerem significantes riscos e custos para si ou para outrem.

Frise-se que as ideias de Pogge analisam a origem dos deveres relacionados aos direitos humanos, e não afastam a tradicional classificação dos deveres a partir da conduta imposta, segundo a qual podem ser negativos, aqueles que impõem a vedação a determinada ação, e positivos, aqueles que implicam em realizar determinada ação.¹⁰

⁸ 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. 14.

⁹ 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. 20.

¹⁰ José Casalta Nabais refuta frontalmente a separação tradicional, com base nos custos comunitários, entre os direitos negativos e os direitos positivos, por entender

Enquanto as teorias morais deontológicas, dentre as quais a concepção kantiana de direitos humanos, traçam uma clara distinção entre deveres positivos e negativos, um aspecto marcante das teorias utilitaristas é a ausência de distinção acentuada entre deveres positivos (dever de fazer algo) e negativos (dever de impedir a interferência na vida de alguém), haja vista que o que importa são as consequências da conduta, seja ela comissiva ou omissiva.

Assim, em tese, pode-se falar na existência de deveres negativos ou positivos originados da correlação direta com determinado direito humano, assim como em deveres negativos ou positivos que possuem sua origem por pressuposição.

Concentrando sua análise sobre os deveres negativos, Pogge os classifica em dois principais grupos, a saber, interagentes e institucionais¹¹. Interagentes seriam aqueles nos quais há relação direta entre perpetrador e vítima (ex. torturador e torturado), enquanto institucionais seriam os deveres de não cooperar para a imposição de instituições sociais sob as quais seja previsível que os indivíduos tenham seus direitos humanos violados, podendo-se falar que previsivelmente provocam um déficit de direitos humanos (ex. ordem institucional que permita a tortura).

Tendo essa diferenciação em conta, Pogge analisa situações de pobreza a partir de suas causas e identifica os casos em que agentes culpavelmente desempenham papel causal na pobreza de outros.¹²

que, do ponto de vista do seu suporte financeiro, os clássicos direitos e liberdades (direitos negativos) são tão positivos como os chamados direitos positivos, uma vez que sua realização e proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros. (A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: *Revista Direito Mackenzie*, Ano 3, Número 2, São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2002, pp. 9-30.)

¹¹ Thomas Pogge, sem negar a existência dos deveres positivos, mas buscando uma concepção que seja amplamente aceita para concluir que a pobreza extrema é inegavelmente uma lesão a direitos humanos, concentra sua análise em torno dos deveres negativos relacionados aos direitos humanos. (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. 20). No presente estudo, serão também analisados os deveres positivos.

¹² 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. 16.

Nesse sentido, Pogge defende a existência de 03 grupos de causas da pobreza: a) ações (lesões interagentes), b) omissões (falhas interagentes em diminuir a pobreza) e c) instituições sociais.

As ações interagentes seriam aquelas nas quais, por meio de ação direta entre agentes e vítimas da lesão, os perpetradores agem de forma que, previsível e inevitavelmente, privam outros de meios de vida. Exemplo disso seria a poluição de um rio por determinada empresa mineradora, privando a população ribeirinha do acesso à água potável e aos peixes necessários à sua subsistência.

Já as omissões, falhas interagentes em diminuir a pobreza, seriam caracterizadas pelos casos em que alguns agentes possam atuar para combater a pobreza extrema para cuja criação ou manutenção não contribuíram diretamente.

Por sua vez, as instituições sociais são consideradas, nesta concepção, como o mais importante dentre os fatores causadores de pobreza extrema, uma vez que sob sua égide são verificadas e perpetuadas determinadas faltas de acesso seguro aos objetos de direitos econômicos.¹³

Elizabeth Ashford destaca que a lógica de lesão focada na identificação de um perpetrador específico é demasiado estreita para atender integralmente as questões de direitos humanos. Posto isto, ela defende a existência de lesões a direitos humanos diretas, que podem ser cumulativas ou multiplicativas, e indiretas, dando especial ênfase na análise dos deveres relacionados a tais lesões¹⁴.

As lesões cumulativas seriam aquelas nas quais, embora a conduta isolada de cada agente seja insuficiente para violar o direito humano, quando cumulada com outras condutas caracteriza inquestionavelmente a lesão. Tratam-se de situações em que os agentes conhecem o resultado lesivo das ações cumuladas, poderiam evitar suas condutas individuais e, mesmo assim, realizam a conduta.

¹³ 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. 25.

¹⁴ ASHFORD, Elizabeth. The Duties Imposed by the Human Right to Basic Needs. In: POGGE, Thomas (org.). *Freedom from Poverty as a Human Right: Who owes what to the very poor?* Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 194.

Exemplo de lesão cumulativa seria o caso em que duas ou mais empresas lançam, cientes da ação umas das outras, em um mesmo rio resíduos que, embora isoladamente não sejam nocivos à vida da fauna ou dos seres humanos consumidores da água, geram uma combinação letal quando em contato uma com a outra.

Já a lesão multiplicativa verifica-se nos casos em que a conduta lesiva de um agente potencializa a conduta de outro, sendo ambas condutas originalmente lesivas. Ainda seguindo o exemplo das empresas que lançam resíduos em um mesmo rio, caso os resíduos fossem isoladamente nocivos e a combinação deles apenas potencializasse o dano, ter-se-ia uma lesão multiplicativa.

A identificação das ações cumulativas e multiplicativas na qualidade de lesão a direitos humanos possui um grande significado prático: demonstrar que a responsabilidade pela violação a direitos humanos deve ser baseada não apenas no dano atribuído à conduta isolada, mas no impacto geral previsível quando combinado com a conduta de outro agente.

Sob esta perspectiva, no caso concreto, a responsabilidade direta por lesões a direitos humanos deve ser amplamente dividida, e não precisa recair apenas ou totalmente em agentes que possam ser identificados como perpetradores. O nível de responsabilidade de cada agente resolve-se por uma questão de grau de participação.

3. O dever negativo de não impor a alguém a privação de necessidades básicas

O direito a um nível adequado de vida implica tanto deveres negativos interagentes quanto deveres negativos institucionais. Ou seja, há tanto o dever de não privar diretamente um ser humano de suas necessidades básicas quanto o de não cooperar para a imposição de instituições sociais sob as quais seja previsível que os seres humanos sejam privados dos elementos necessários ao seu nível adequado de vida.

A cadeia causal da lesão ao direito humano em questão é altamente complexa, muitas vezes não sendo possível identificar os responsáveis

diretos pela lesão ou, ainda quando o seja, dificultando a determinação do grau de responsabilidade de cada um.

Em um cenário em que uma série de agentes pode contribuir diretamente para determinada lesão, sendo difícil demonstrar que tais agentes são razoavelmente responsáveis, em diferentes medidas, pelas lesões, há de se ter cuidado ao impor a responsabilidade a determinados agentes e negar a de outros.

Todavia, a análise do cumprimento, ou não, dos deveres negativos institucionais é muito mais clara.

O dever institucional de não privação das necessidades básicas encontra fundamento moral direto no artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, segundo o qual “todo o homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados. ”

Assim, tem-se que os agentes somente podem participar da imposição de uma ordem social se puderem assegurar que ela respeitará os direitos humanos, dentre eles o direito a que todos tenham acesso às condições necessárias a um nível adequado de vida, dentro do razoavelmente possível. Caso assim não procedam, lesam o direito em questão, surgindo ao lesado o direito de reparação.

Usando o paralelo comparativo com o direito à propriedade, é devida a reparação ao detentor do direito não apenas no caso em que este seja lesado por outro indivíduo (quebra do dever interagente), mas também nos casos em que a ordem social (nacional ou internacional) não assegure ao detentor a manutenção da propriedade.

Pela mesma linha de raciocínio, àquele que possui lesado, por exemplo, seu direito à alimentação, é moralmente devida compensação quer seja pelo indivíduo que o impeça a ter acesso aos alimentos, quer aos indivíduos que aceitam, ou mesmo impõem, a ordem institucional que permite esta privação.¹⁵

¹⁵ 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. 24.

4. O dever positivo de construir uma ordem institucional justa

Conforme exposto no início deste estudo, um equívoco daqueles que negam a existência de deveres positivos relacionados ao direito humano ao nível adequado de vida está em considerar que tal dever, necessariamente, seria um dever de realizar uma prestação específica, ou seja, de determinado indivíduo dar diretamente a outro os meios de subsistência.

Todavia, a partir da análise de Thomas Pogge, claro fica que os deveres não apenas possuem origem na correlação, mas também na pressuposição aos direitos humanos. Em outros termos, o direito a um nível adequado de vida gera, àqueles responsáveis pela estruturação das instituições sociais, o dever positivo de atuar na configuração das instituições sociais de modo que estas sejam aptas a proteger a oportunidade pessoal de receber receita de subsistência e prover necessidades básicas daqueles que não o conseguem fazer por si só.

Ainda que a forma mais efetiva de implementar este dever positivo seja por meio institucional, envolvendo inclusive distribuição de riquezas em âmbitos nacional e internacional, cada um dos indivíduos capaz de suportar ou alterar a configuração das instituições, quer seja por atuação direta ou por meio de seus representantes, possui o dever moral de se empenhar nas mudanças em direção a uma sociedade justa.

Frise-se que este dever positivo melhor se adequa à concepção utilitarista de deveres de justiça básica, afastando-se da concepção de deveres de benevolência segundo princípios kantianos. Isto porque, enquanto os deveres de benevolência não são moralmente exigíveis e obrigatórios, não garantindo a ninguém que viva em pobreza crônica a segurança no acesso a básicas necessidades, os deveres de justiça impõem uma obrigação compartilhada de garantir que cada pessoa tenha, em níveis razoáveis, acesso seguro aos meios de atender suas necessidades básicas.¹⁶

¹⁶ ASHFORD, Elizabeth. The Duties Imposed by the Human Right to Basic Necessities. In: POGGE, Thomas (org.). *Freedom from Poverty as a Human Right: Who owes what to the very poor?* Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 210.

Mesmo considerando uma concepção utilitarista, segundo a qual a justiça estaria fundada na proteção e promoção de necessidades básicas, é possível verificar a responsabilidade de atender, dentro de um custo pessoal razoável, os deveres positivos relacionados ao direito a um nível adequado de vida.

Embora essa responsabilidade possa ser atribuída mesmo a indivíduos que se beneficiam da ordem social vigente, a questão é melhor endereçada por meio das vias institucionais. Caso contrário, aumenta-se o risco de onerar desproporcionalmente determinados indivíduos.

Retomando o já citado relatório O Estado da Insegurança Alimentar no Mundo 2015, elaborado pela FAO, seria possível erradicar a fome mundial de forma sustentável até 2030, sendo para isso necessário um investimento adicional médio de US\$ 267 bilhões por ano, em áreas urbanas e rurais e em proteção social. Isso significa o equivalente a, aproximadamente, 0,3% do produto mundial bruto (GDP), distribuindo-se uma média de US\$ 160 anuais a cada pessoa em extrema pobreza.¹⁷

Tais números mostram que, tomando por exemplo o direito à alimentação, com mudanças nas estruturas sociais, incluindo medidas muito além do âmbito doméstico de cada Estado, é factível o atendimento às necessidades básicas de todos os seres humanos, sem que isto implique ônus excessivo aos demais.

Considerações finais

Significativa parcela da população mundial não possui acesso a elementos de necessidades básicas, tais como água potável, alimentação suficiente, saneamento básico, moradia adequada e alfabetização.

Em contrapartida, o paradigma tradicional da concepção de lesão a direitos humanos, bem como dos deveres a eles relacionados, pautado na identificação de uma conduta específica envolvendo perpetrador e

¹⁷ 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.

vítima individuais, não se demonstra suficiente para analisar os casos de lesões estruturais a direitos humanos.

Esta situação configura um estado de desrespeito estrutural ao direito a um nível adequado de vida, não percebida como tal pelos padrões usuais de estudo do tema.

Assim, novos paradigmas para análise dos direitos humanos, e por consequência dos deveres a eles correlatos e suas formas de violação, devem ser concebidos com vistas a superar a concepção que reconhece apenas a existência dos deveres negativos diretos (interagentes).

Nesse sentido, importantes as concepções de Thomas Pogge, as quais permitem identificar a existência de deveres negativos e positivos, interagentes e institucionais, bem como a origem de deveres por correlação e por pressuposição aos direitos humanos. De grande relevância também são as construções de Elizabeth Ashford sobre as lesões a direitos humanos cumulativas e multiplicadoras.

A partir de construções como estas, é possível identificar os responsáveis e ter fundamentos sólidos para lutar pela implementação de estruturas que permitam a realização de uma ordem social na qual seja respeitado o direito humano a um nível adequado de vida.

Caso assim não seja, há o risco de comprometer o respeito mínimo aos direitos humanos, dada sua indivisibilidade. Lembre-se o exemplo de que o direito ao voto ou à liberdade é inócuo a um indivíduo desnutrido e faminto.

Assim, em uma ordem social neoliberal desenhada para beneficiar governos, cidadãos e corporações dos países ricos, bem como as elites políticas e militares de países pobres, a todos estes cabe a responsabilidade moral pela lesão sistêmica ao direito humano a um nível adequado de vida.

Tais agentes não apenas aceitam a manutenção da ordem social internacional que priva milhões de seres humanos da satisfação de suas necessidades básicas, mas também se beneficiam economicamente dela. Isto serve, inclusive, de fundamento para discussões em torno de medidas reparatórias de tais lesões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASHFORD, Elizabeth. The Duties Imposed by the Human Right to Basic Necessities. In: POGGE, Thomas (org.). *Freedom from Poverty as a Human Right: Who owes what to the very poor?* Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 183-218.
- 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.
- GEWIRTH, Alan. Duties to Fulfill the Human Right of the Poor. In: POGGE, Thomas (org.). *Freedom from Poverty as a Human Right: Who owes what to the very poor?* Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 219-236.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: *Revista Direito Mackenzie*, Ano 3, Número 2, São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2002, pp. 9-30.
- 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.
- POGGE, Thomas. *Politics as usual. What Lies Behind the Pro-Poor Rhetoric*. Cambridge: Polity Press, 2010.
- 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.
- UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). *Committing to Child Survival: A Promise Renewed*. Progress Report 2015. Nova York: UNICEF, 2015.
- 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) and WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Progress on Sanitation and Drinking Water*. 2015 Update and MDG Assessment. Geneva: WHO Press, 2015.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: tsrocha@gmail.com

Direito e Cidades Sustentáveis: Uma Experiência de Desenvolvimento¹

Law and Sustainable Cities: An Experience of Development

TIAGO DE MELO CARTAXO²

Resumo: As cidades albergam, nos dias de hoje, mais de metade da população mundial e, de acordo com os dados disponibilizados pela ONU, em 2050, esse valor poderá atingir os 70%. Os espaços urbanos são, pois, construídos por pessoas e crescem com as pessoas. No entanto, os objetivos políticos e económicos acabam, em alguns momentos, por se sobrepor ao interesse das populações e à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. E com o crescimento dos aglomerados populacionais, podem também crescer as desigualdades entre os habitantes, reduzindo-se, inversamente, o bem-estar e a qualidade de vida. Nesse sentido, diversas têm sido as tentativas de autoridades internacionais, regionais e nacionais de procurar, através das políticas públicas e do direito, criar territórios urbanos e comunidades mais sustentáveis. O presente artigo procura apresentar um enquadramento sobre estas soluções, com o objetivo de provar que é possível garantir a coexistência entre o desenvolvimento e a sustentabilidade urbana.

Palavras-chave: *Direito, Desenvolvimento, Cidades, Sustentabilidade, Resiliência.*

¹ Entregue: 3.1.2017; aprovado: 14.3.2017.

O presente texto corresponde à comunicação apresentada no âmbito do I Encontro Iberoamericano de Direito e Desenvolvimento, que se realizou na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, nos dias 13 e 14 de outubro de 2016.

² Doutorando em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, com bolsa de Doutoramento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P. (2017-2019). Investigador no CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, no grupo de Direito, Política e Participação. Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal; CEDIS – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Campus de Campolide 1099-032 Lisboa, Portugal; tiagocartaxo@fd.unl.pt

Abstract: Nowadays, Cities house more than a half of the world's population and, according to data provided by the UN, in 2050, this figure could reach 70%. Urban spaces are therefore built by people and grow with people. However, political and economic objectives sometimes end up overriding the interests of the people and guaranteeing the fundamental rights of citizens. And with the growth of populated settlements, inequalities among the inhabitants may also grow and, conversely, welfare and quality of life will be reduced. In this sense, several attempts have been made by international, regional and national authorities to seek, through public policies and law, to create urban territories and more sustainable communities. This article intends to provide a framework on these solutions, with the aim of demonstrating that the coexistence between development and urban sustainability is possible be guaranteed.

Keywords: *Law, Development, Cities, Sustainability, Resilience.*

1. Enquadramento

Nos dias de hoje, é sobejamente aceite e reconhecida a realidade de que a maioria da população mundial vive em cidades. E o direito deve, cada vez mais, apreciar tal facticidade como um elemento base da sua evolução e aplicação ao dia-a-dia dos cidadãos que vivem naqueles territórios.³

De acordo com o *World Cities Report 2016 – Urbanization and Development: Emerging Futures*, publicado pela Organização das Nações Unidas (ONU), mais especificamente pelo respetivo programa UN-Habitat (United Nations Human Settlements Programme), as cidades são caracterizadas como uma “força aglutinadora” no mundo, atendendo a que o crescimento urbano global “não é novo, mas implacável e tem sido marcado por um notável crescimento, em números absolutos, de habitantes urbanos.” Desde uma média anual de 57 milhões, entre 1990-2000, para um valor de 77 milhões, entre 2010-2015. Em 1990, 43% (2,3 mil milhões) da população mundial vivia em áreas urbanas, sendo que, em 2015, este número tinha já atingido

³ Sobre a temática da urbanização e do desenvolvimento sustentável, sugere-se a consulta de JEFFREY D. SACHS, *The Age of Sustainable Development*, Nova Iorque, Columbia University Press, 2015, pp. 355-391.

os 54% (4 mil milhões).⁴ As projeções da ONU apontam ainda para que, em 2050, 66% da população viva em áreas urbanas.⁵

Perante todas estas novas realidades em matéria de crescimento urbano, cumpre ainda enfatizar que, conforme os mais recentes indicadores disponíveis, cerca de 75% das cidades do mundo demonstram níveis de desigualdade de salários bastante superiores aos verificados há cerca de 20 anos.⁶ Tal realidade decorre, obviamente, do aumento da população em todo o mundo, mas também da agregação de pessoas em cidades cada vez mais sobredimensionadas, concretizando-se num fenómeno das chamadas megacidades (da expressão inglesa *megacities*), quando alberguem mais de 10 milhões de habitantes.⁷ Porque, todos os anos, existem cada vez mais seres humanos a viver em cidades e a adaptar as suas vidas a todas as novas realidades, não apenas sociais e culturais, mas também tecnológicas e ambientais.⁸

Dos serviços de água ao saneamento básico, passando pelas áreas da habitação, infraestruturas, energia, saúde, educação, resíduos, policiamento, proteção civil, transportes e mobilidade, ação social ou proteção ambiental, nos espaços urbanos de maior ou menor dimensão, existe uma ampla quantidade de bens e serviços que devem ser colocados à disposição dos cidadãos. É um dos mais relevantes problemas

⁴ UN-Habitat (2016). *World Cities Report 2016 – Urbanization and Development: Emerging Futures*, UN-Habitat, Nairobi. Disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/>.

⁵ UN, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, Highlights* (ST/ESA/SER.A/352), 2014. A título de curiosidade, de acordo com a Tabela I do referido relatório, a proporção de população urbana era 48% em 1990, 63% em 2014 e prevê-se que atinja os 77% em 2050.

⁶ Cfr. UN-Habitat, CAF (Banco de Desenvolvimento da América-Latina) e AVINA, *Construction of More Equitable Cities: Public Policies for Inclusion in Latin America*, UN-Habitat, Nairobi, 2014. Disponível em: <http://unhabitat.org/>.

⁷ Sobre as matérias relacionadas com as “megacidades”, cfr. o relatório anteriormente citado *World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, Highlights*.

⁸ ROBERT EZRA PARK reconhece que a cidade é “a tentativa mais bem-sucedida do homem em refazer o mundo à imagem dos desejos do seu coração. Mas, se a cidade é o mundo que o homem criou, é o mundo no qual ele está doravante condenado a viver. Deste modo, indiretamente, e sem qualquer sentido claro da natureza da sua tarefa, ao criar a cidade, o homem também se refez.” Cfr. ROBERT EZRA PARK, *On Social Control and Collective Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1967, p. 3.

consubstancia-se em saber se a governação da cidade, tal como os serviços disponíveis, chega a todos os cidadãos.

Porque, em verdade, nas áreas urbanas não existe apenas aquela vertente mais apelativa, desenvolvida e capaz de garantir a qualidade de vida das pessoas. Existe, paralelamente, um “lado B” da cidade: o lado das desigualdades, da poluição, da sobrepopulação.⁹ O papel de governantes e legisladores é, exatamente, o de procurar encontrar soluções jurídicas e de políticas públicas que garantam o acesso de todos os cidadãos aos serviços da cidade, sendo-lhes permitido participar de um caminho de desenvolvimento sustentável.¹⁰

⁹ Sobre as desigualdades nos territórios urbanos, cfr. HENRI LEFEBVRE, *Le Droit à la Ville*, Paris, Anthropos, 1968; DAVID HARVEY, “The Right to the City”, in *New Left Review*, 53 (September-October 2008); e DAVID HARVEY, *Rebel cities: from the right to the city to the urban revolution*, London-Brooklyn, NY, Verso, 2012.

¹⁰ Um interessante exemplo da preocupação de políticos e legisladores com a realidade urbana, de uma forma global e integrada, é a experiência brasileira do Estatuto da Cidade, aprovado pela Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, que pretende ser uma referência de processo participativo conducente à aplicação de legislação progressiva, “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (artigo 1.º, parágrafo único). O diploma estabelece diretrizes gerais, como a garantia de um direito a cidades sustentáveis, uma gestão urbana democrática e participada, uma justa repartição dos benefícios e encargos do processo de urbanização, ou a proteção, preservação e recuperação do ambiente natural e construído, bem como o património comum – cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (artigo 2.º).

Esta experiência brasileira de um Estatuto da Cidade, da época do presidente Fernando Henrique Cardoso, proposta pelo senador Pompeu de Souza, jornalista, escritor, professor e político, demonstrou a vontade de uma sociedade que instou os seus representantes a encontrar soluções jurídicas para melhorar a vida das pessoas dentro do território das grandes cidades, amplamente conhecidas pelas desigualdades existentes entre as zonas mais ricas e desenvolvidas e as restantes áreas ocupadas por bairros de construção ilegal e que carecem dos serviços e condições mais básicos à garantia da qualidade da vida humana.

Ainda assim, 15 anos depois da aprovação do mencionado estatuto não é possível comprovar que as favelas tenham sido eliminadas, tal como as próprias desigualdades dentro dos territórios urbanos, mas o Estatuto da Cidade trouxe mudanças tanto jurídicas como políticas. Por exemplo, em 2003, foi criado o Ministério das Cidades, tendo sido realizada a primeira Conferência Nacional de Cidades (*ConCidades*) como resultado de um processo participativo envolvendo 3.400 municípios de todos os estados da Federação, com a presença de mais de 2.500 delegados, eleitos para debater a

2. Agendas globais e das Nações Unidas

Numa perspetiva internacional e no âmbito da atividade da ONU em matéria de desenvolvimento urbano, o Programa UN-Habitat tem vindo a desempenhar um papel de extrema relevância no estudo dos aglomerados humanos e no desenvolvimento de métodos que garantam que a construção das áreas urbanas se coaduna com a necessidade de proteção do ambiente e promoção da sustentabilidade.¹¹

Mais recentemente, o Programa UN-Habitat disponibilizou o relatório intitulado *Nova Agenda Urbana* (do inglês *New Urban Agenda*), aprovado em Nova Iorque, a 20 de setembro de 2016, como preparação da Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Sustentável (Habitat III), que se realizou entre os dias 17 e 20 de outubro de 2016, na cidade do Quito, Equador, e que culminou com a adoção do referido documento, com a denominação *Nova Agenda Urbana – Declaração do Quito sobre Cidades Sustentáveis e Aglomerados Urbanos para Todos*.¹²

O documento procurou delinear um caminho para a sua necessária implementação, através da assunção de “compromissos transformadores para o desenvolvimento sustentável urbano” (no que concerne ao “desenvolvimento urbano sustentável para a inclusão social e a eliminação da pobreza”, “prosperidade urbana sustentável e inclusiva e oportunidades para todos”, bem como “desenvolvimento

Política Nacional de Desenvolvimento Urbano. Nos anos seguintes, foi ainda criado o Conselho Nacional de Cidades, órgão consultivo do Ministério das Cidades, e foi aprovado o Programa Nacional de Regularização Fundiária, bem como legislação federal em matéria de saneamento, ambiente e habitação social. Sobre o tema, cfr. CELSO SANTOS CARVALHO e ANACLAUDIA ROSSBACH (org.), *The City Statute: A commentary*, São Paulo, Cities Alliance and Ministry of Cities – Brazil, 2010, e RAQUEL ROLNIK (coord.), *The Statute of the City. New tools for assuring the right to the city in Brazil*, Instituto Pólis, 2002.

¹¹ Mais informação sobre este programa da ONU pode ser consultada em: <http://unhabitat.org/>.

¹² A versão atualizada, em língua inglesa, da mencionada agenda encontra-se disponível, nas línguas oficiais da Nações Unidas, em: <https://habitat3.org/the-new-urban-agenda>.

urbano ambientalmente sustentável e resiliente”),¹³ princípios para uma “implementação efetiva” (mais concretamente, em matéria de “estabelecimento de regimes que suportem a criação de estruturas de governação urbana”, “planeamento e gestão do desenvolvimento do espaço urbano” e “meios de implementação”),¹⁴ bem como regras de “acompanhamento e revisão” da referida agenda.¹⁵

Tais objetivos baseiam-se nos princípios e compromissos dos estados em “não deixar ninguém para trás”, “garantir economias urbanas sustentáveis e inclusivas” e “garantir a sustentabilidade ambiental”,¹⁶ a par de “valorizar a forma como planeamos, financiamos, desenvolvemos, governamos e gerimos as cidades e os aglomerados humanos”, “reconhecer o papel liderante dos governos (...) na definição e implementação de políticas e legislação inclusiva e efetiva para o desenvolvimento da sustentabilidade urbana” e “adotar abordagens de desenvolvimento urbano e territorial sustentáveis, centradas nas pessoas, respeitadoras e integradoras das diferentes idades e géneros, através da implementação de políticas, estratégias, desenvolvimento de capacidades e ações a todos os níveis e adaptados à mudança (...)”.¹⁷

Estas opções foram tomadas, na esteira do que ficou anteriormente estabelecido aquando da definição dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS),¹⁸ na Cimeira das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, entre 25 e 27 de setembro de 2015, enquanto parte integrante de uma agenda de ação para 2030 (*Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*), adotada por meio da Resolução 70/1 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 25 de setembro de 2015, concretizando-se os referidos objetivos nos seguintes compromissos:

¹³ Cfr. parágrafos 24 a 80 do Anexo às conclusões finais da Conferência do Quito.

¹⁴ Cfr. parágrafos 81 a 160.

¹⁵ Cfr. parágrafos 161 a 175.

¹⁶ Cfr. alíneas (a), (b) e (c) do parágrafo 14.

¹⁷ Cfr. alíneas (a), (b) e (c), incisos (i), (ii), (iii) e (iv) do parágrafo 15.

¹⁸ Ainda que se tenham estabelecido tais objetivos, cumpre, a este título, assinalar a falta de um consenso de âmbito internacional, ainda nos nossos dias, sobre o significado substantivo e prático de um conceito jurídico de desenvolvimento sustentável. Neste sentido, cfr. STUART BELL, DONALD MCGILLIVRAY e OLE PEDERSEN, *Environmental Law*, 8th edition, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 61, 147-153.

“1. Erradicar a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;

2. Erradicar a fome, alcançar a segurança alimentar, melhorar a nutrição e promover a agricultura sustentável;

3. Garantir o acesso à saúde de qualidade e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;

4. Garantir o acesso à educação inclusiva, de qualidade e equitativa, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;

5. Alcançar a igualdade de género e *empoderar* todas as mulheres e raparigas;

6. Garantir a disponibilidade e a gestão sustentável da água potável e do saneamento para todos;

7. Garantir o acesso a fontes de energia fiáveis, sustentáveis e modernas para todos;

8. Promover o crescimento económico inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho digno para todos;

9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;

10. Reduzir as desigualdades no interior dos países e entre países;

11. Tornar as cidades e comunidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis;

12. Garantir padrões de consumo e de produção sustentáveis;

13. Adotar medidas urgentes para combater as alterações climáticas e os seus impactos;

14. Conservar e usar de forma sustentável os oceanos, mares e os recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;

15. Proteger, restaurar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, travar e reverter a degradação dos solos e travar a perda de biodiversidade;

16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis;

17. Reforçar os meios de implementação e revitalizar a Parceria Global para o Desenvolvimento Sustentável.”

Neste sentido, a concretização de “cidades e comunidades sustentáveis” assume-se como uma aspiração dos estados presentes naquela cimeira, que reconheceram encontrarem-se em condições de “tornar as cidades e os aglomerados urbanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”, através das seguintes medidas:

“11.1 Até 2030, garantir o acesso de todos a uma habitação adequada, segura e acessível e serviços básicos e melhorar os bairros degradados;

11.2 Em 2030, dar acesso a sistemas de transporte seguros, económicos, acessíveis e sustentáveis para todos, melhorando a segurança rodoviária, nomeadamente através da expansão dos transportes públicos, com especial atenção às necessidades das pessoas vulneráveis, das mulheres, das crianças, das pessoas com deficiência e das pessoas idosas;

11.3 Até 2030, reforçar a urbanização inclusiva e sustentável e a capacidade para um planeamento e gestão participativos, integrados e sustentáveis dos aglomerados humanos em todos os países;

11.4 Reforçar os esforços para proteger e salvaguardar o património cultural e natural no mundo;

11.5 Em 2030, reduzir significativamente o número de mortes e o número de pessoas afetadas e diminuir substancialmente as perdas económicas diretas relativas ao produto interno bruto global causadas por desastres, incluindo catástrofes relacionadas com a água, com foco na proteção dos pobres e das pessoas em situação vulnerável;

11.6 Até 2030, reduzir o impacto ambiental negativo *per capita* das cidades, nomeadamente através da prestação de especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outras matérias;

11.7 Em 2030, proporcionar acesso universal a espaços verdes e públicos seguros, inclusivos e acessíveis, em particular para mulheres e crianças, idosos e pessoas com deficiência;

11.a Apoiar as relações económicas, sociais e ambientais positivas entre as zonas urbanas, periurbanas e rurais, reforçando o planeamento do desenvolvimento nacional e regional;

11.b Em 2020, aumentar substancialmente o número de cidades e aglomerados humanos que adotem e implementem políticas e planos integrados para a inclusão, a eficiência dos recursos, a mitigação e a adaptação às alterações climáticas, a resiliência às catástrofes e desenvolver

e implementar, de acordo com o Quadro de Sendai para a Redução do Risco de Desastre 2015-2030, a gestão holística de riscos de desastres a todos os níveis;

11.c Apoiar os países menos desenvolvidos, nomeadamente através de assistência financeira e técnica, na construção de edifícios sustentáveis e resilientes, utilizando materiais locais.”

Contudo, ainda em matéria de agendas das Nações Unidas e o respetivo papel das cidades, cumprirá enfatizar que aquele que ficou conhecido como Acordo de Paris. O mencionado documento resultou da 21.^a Conferência de Partes (COP 21), no âmbito da Convenção Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas de 1992 (UNFCCC), estabelecendo a necessidade de assegurar que o aumento da temperatura média global se mantenha em 2°C abaixo dos níveis pré-industriais, bem como de envidar esforços para limitar o aumento da temperatura até 1,5°C acima dos níveis pré-industriais, reconhecendo que tal reduzirá significativamente os riscos e impactos das alterações climáticas.¹⁹

No âmbito do referido acordo, as cidades surgem ao lado da sociedade civil, do setor privado, das instituições financeiras, e de outras autoridades “subnacionais”, comunidades locais e populações indígenas, enquanto *non-party stakeholders*, atendendo a que representam um papel de extrema relevância na dinamização das atividades humanas e na própria gestão do território, de uma forma mais sustentável. Estes atores não-estaduais incluem o grupo NAZCA (*Non-State Actor Zone for Climate Action*), anteriormente criado aquando da Conferência de Lima, que decorreu entre 1 e 12 de dezembro de 2014.²⁰

Embora a ONU (a para da UE) tenha desenvolvido uma grande variedade de soluções de *soft-law* para promover o desenvolvimento urbano sustentável e inclusivo, também o Banco Mundial divulgou documentos relevantes nesta área, tais como a agenda *Cities and*

¹⁹ O acordo foi negociado por representantes de 195 países e, após ter sido assinado em 22 de abril de 2016, entrou em vigor a 4 de novembro de 2016, encontrando-se disponível em: http://unfccc.int/paris_agreement/items/9485.php.

²⁰ Mais informação sobre a NAZCA encontra-se disponível em: <http://climate-action.unfccc.int/>.

Climate Change: An Urgent Agenda, em 2010.²¹ Mais recentemente, o Fórum Económico Mundial criou o Conselho da Agenda Global Futuro do Progresso das Cidades (2014 – 2015), que lançou as denominadas *Top Ten Urban Innovations*, que se concretiza no seguinte: (1) (Digitalmente) Espaço Reprogramável; (2) *Waternet*: Uma Internet de Tubos; (3) Adoção de uma árvore através das redes sociais; (4) Humanos Aumentados: A Próxima Geração de Mobilidade; (5) Co-Co-Co: Cogeração, Coaquecimento, Coarrefecimento; (6) A Cidade da Partilha: Libertar Capacidade de Reserva; (7) Mobilidade a Pedido; (8) *Medellin Revisited*: Infraestrutura para a Integração Social; (9) *Smart Array*: polos de rua inteligentes como plataforma para a deteção urbana; (10) Agricultura Urbana: Vegetais Verticais.²²

Simultaneamente, no âmbito das Nações Unidas, também a Iniciativa para as Cidades e as Alterações Climáticas *UN-Habitat's Cities and Climate Change Initiative (CCCI)* continua a procurar melhorar as atividades e capacidades de preparação e mitigação por parte das cidades nos países em desenvolvimento, com o intuito de promover o bem-estar e a igualdade nos territórios urbanos, o que continua a ser um verdadeiro desafio dos nossos dias.²³

Fora do âmbito das Nações Unidas, cumprirá ainda mencionar o estabelecimento pela Organização Internacional para Padronização (conhecida mundialmente como ISO²⁴) de duas normas que permitam a promoção de comunidades mais sustentáveis e que se concretizam na ISO 37120:2014 – Desenvolvimento Sustentável das Comunidades, que reconhece indicadores de serviços da cidade e qualidade de vida,²⁵ e na ISO 37101:2016 – Desenvolvimento Sustentável nas Comunidades, que

²¹ Disponível em: <http://web.worldbank.org/>.

²² Disponível em: <https://www.weforum.org/communities/global-agenda-council-on-the-future-of-cities/>.

²³ O anteriormente referido documento UN-Habitat's *World Cities Report 2016* e o lançamento da *City Prosperity Initiative* – que procura promover abordagens inovadoras de governação e gestão urbana de forma a apoiar os líderes metropolitanos a orientar as suas cidades para futuros urbanos mais prósperos, económica, social, política e ambientalmente – são outros exemplos relevantes do trabalho que este programa da ONU tem vindo a desenvolver.

²⁴ International Organization for Standardization (cfr. <http://www.iso.org/>).

²⁵ Cfr. em: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37120:ed-1:v1:en>.

se refere a um sistema de gestão para o desenvolvimento sustentável e requisitos com orientações de uso, a serem utilizados pelos responsáveis pela gestão dos territórios.²⁶

3. Agendas europeias

No âmbito da realidade europeia, têm vindo a ser aprovados diversos instrumentos, relatórios e agendas, dedicados a políticas urbanas para comunidades mais sustentáveis e uma melhoria da qualidade de vida para as populações urbanas. Um dos primeiros documentos relevantes do novo milénio na mencionada área foi aquele que ficou conhecido como o *Acordo de Bristol*, de dezembro de 2005,²⁷ aprovado pela Reunião Informal Ministerial sobre Comunidades Sustentáveis na Europa, no âmbito da presidência britânica da União Europeia (UE), e que consistiu na assunção de oito características para uma comunidade sustentável e no compromisso de partilhar *case studies* de boas práticas.

Neste sentido, as referidas oito características para uma “comunidade sustentável” consubstanciaram-se nas seguintes: (1) ativa, inclusiva e segura – justa, tolerante e coesa, com uma forte cultura local e outras atividades comunitárias compartilhadas; (2) bem gerida – com participação, representação e liderança eficazes e inclusivas; (3) bem conectada – com bons serviços de transporte e comunicação, ligando as pessoas a empregos, escolas, saúde e outros serviços; (4) bem servida – com serviços públicos, privados, comunitários e voluntários, adequados às necessidades das pessoas e acessíveis a todos; (5) ambientalmente sensível – proporcionando lugares para as pessoas viverem e que consideram a relevância ambiental; (6) próspera – com uma economia local florescente, diversificada e inovadora; (7) bem projetada e construído – com um ambiente natural e edificado de qualidade; (8) justo para todos – incluindo as pessoas de outras comunidades, no presente e no futuro.

²⁶ Cfr. em: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37101:ed-1:v1:en>.

²⁷ Disponível em: <http://www.espon-usespon.eu/>.

O *Acordo de Bristol* foi seguido pela *Carta de Leipzig sobre as Cidades Europeias Sustentáveis*,²⁸ sob a presidência alemã da UE em 2007, onde os ministros concluíram apresentar as seguintes recomendações: (1) apostar em mais abordagens de políticas de desenvolvimento urbano integrado, através: (i) da criação e garantia de espaços públicos de alta qualidade; (ii) da modernização das redes de infraestruturas e melhoria da eficiência energética; e (2) prestar especial atenção aos bairros desfavorecidos, no contexto da cidade como um todo, através (i) da prossecução de estratégias para melhorar o ambiente físico, (ii) do fortalecimento da economia local e política local de mercado de trabalho, (iii) de políticas proativas de educação e formação para crianças e jovens, e (iv) da promoção de transportes urbanos eficientes e acessíveis.²⁹

Em 2010, foi aprovada a *Declaração de Toledo*, sob a presidência espanhola da UE, estabelecendo os seguintes princípios: (1) abordar os atuais desafios urbanos e implementar a Estratégia Europa 2020 através de um desenvolvimento urbano mais inteligente, mais sustentável e socialmente inclusivo; (2) apoiar o prosseguimento do processo de Marselha e a implementação do Quadro Europeu de Referência para as Cidades Sustentáveis; e (3) consolidar a necessidade de uma agenda urbana europeia no futuro. Além do exposto, os ministros da UE aprovaram também um Documento de Referência sobre a regeneração urbana integrada e o seu potencial estratégico para um desenvolvimento urbano mais inteligente, mais sustentável e socialmente inclusivo na Europa.³⁰

Na sequência das mencionadas iniciativas, a Comissão Europeia (COM) lançou em 2011 um relatório denominado *Cidades de Amanhã – Desafios, visões e perspectivas*, que procurou avaliar o estado da arte nas cidades europeias, bem como contribuir com soluções nos seguintes temas: (1) uma visão europeia da cidade de amanhã; (2) um modelo de desenvolvimento urbano europeu ameaçado; (3) os principais desafios

²⁸ Disponível em: http://ec.europa.eu/regional_policy/.

²⁹ Sobre o cumprimento da referida Carta, cfr. MARKUS ELTGES, “Leipzig Charter on Sustainable European Cities – A Work in Progress”, in *European Spatial Research and Policy*, Vol. 16, No. 2, 2009, pp. 63-78.

³⁰ Documentação disponível em: http://ec.europa.eu/regional_policy/.

para as cidades de amanhã; e (4) governação – como responder aos desafios.³¹ Entre as conclusões deste documento, cumpre salientar que deve ser adotada uma abordagem coerente para estratégias de crescimento inteligente, inclusivo e verde. Acresce que, ma vez que a exclusão social e a crescente segregação espacial afetarão um número crescente de regiões e cidades, os governos (particularmente os locais) devem prestar atenção especial aos bairros desfavorecidos, a fim de promover uma maior igualdade. A relevância das políticas urbanas é, por conseguinte, demonstrada através da escolha de introduzir na Estratégia Europa 2020 o tema do desenvolvimento urbano sustentável como domínio de intervenção prioritário.

4. Experiência portuguesa

No entanto, não apenas ao nível internacional e regional, mas também numa perspetiva interna, os estados encontram-se a implementar estratégias que permitam a promoção do desenvolvimento urbano sustentável. A Estratégia “Cidades Sustentáveis 2020” – aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2015, de 16 de Julho³² –, com base nos instrumentos mundiais e europeus anteriormente divulgados, recomenda a aplicação por parte dos governos nacionais e locais de soluções que permitam informar e integrar os cidadãos na conceção e implementação de medidas de sustentabilidade e eficiência urbana, procurando que as cidades sejam mais sustentáveis, mais resilientes e mais ecológicas, onde a governança e a cidadania alcancem altos níveis de excelência.³³

A referida estratégia apresenta as cidades como sistemas extremamente complexos, agregando no mesmo espaço uma multiplicidade

³¹ Disponível em: http://ec.europa.eu/regional_policy/.

³² Cfr. CRISTINA CAVACO (ed.), *Cidades Sustentáveis 2020*, Lisboa, Direção-Geral do Território, 2015, também disponível na página da internet da Direção-Geral do Território (DGT): <http://www.dgterritorio.pt/>.

³³ No que respeita aos níveis de excelência, cumpre recordar a relevância das normas ISO já referidas anteriormente neste estudo, designadamente a ISO 37120:2014 e a ISO 37101:2016.

de atores, bens e atividades, que interagem uns com os outros numa profusão de fluxos e intercâmbios. Consequentemente, capturar a forma como as cidades operam é uma questão cada vez mais fundamental para melhorar o desempenho dos sistemas urbanos e para mitigar os efeitos da pegada urbana no ambiente e na vida das pessoas. Nesse sentido, a Estratégia “Cidades Sustentáveis 2020” sugere a construção de cidades mais prósperas, mais resilientes, mais saudáveis, mais justas, mais conectadas e mais cognitivas, devendo a atuação dos diferentes atores da cidade basear-se nos seguintes princípios orientadores:

“1 – Estruturação urbana do território, promovendo o reforço do sistema urbano nacional e assumindo-o como referência transversal e critério ordenador na implementação das políticas públicas, para a estruturação equilibrada e eficiente do território nacional e para a coordenação estratégica das regiões e cidades;

2 – Territorialização das políticas, fomentando abordagens integradas de base territorial, que assegurem a aplicação das políticas públicas através de uma adequação às especificidades dos lugares;

3 – Coordenação horizontal, promovendo a convergência estratégica e operacional das políticas setoriais e das políticas de desenvolvimento urbano e territorial, mediante a coordenação e articulação entre os diversos agentes institucionais, assumindo uma perspectiva de longo prazo para as trajetórias de sustentabilidade dos sistemas urbanos, e assegurando a coerência entre os instrumentos de gestão estratégica disponíveis;

4 – Coordenação vertical, promovendo a coordenação das intervenções de política pública com expressão territorial entre os níveis de governação nacional, regional e local, assegurando um quadro estratégico e operacional multinível e a coerência e programação otimizada das ações;

5 – Envolvimento ativo, assegurando que as estratégias de desenvolvimento urbano são construídas com o envolvimento e participação ativa de um quadro representativo de agentes urbanos e dos cidadãos, que garanta a apropriação, responsabilização e compromissos de todos os parceiros, focando essas mesmas estratégias na obtenção de resultados;

6 – Conhecimento do território, promovendo a produção sistemática, integrada e atualizada de informação sobre as cidades, designadamente do seu potencial de recursos, das capacidades, das suas relações funcionais

e das dinâmicas urbanas sob um quadro de referência comum do desenvolvimento urbano sustentável;

7 – Capacitação coletiva, promovendo a inovação e aprendizagem coletiva, mediante a divulgação e disseminação de experiências e boas práticas, através de plataformas locais, nacionais e internacionais, de cooperação entre os agentes públicos, privados e a sociedade civil, e entre os governos e os cidadãos.”

Estabeleceu-se, mediante a Resolução do Conselho de Ministros que aprovou a estratégia, que a mesma seria implementada com o auxílio de instrumentos de operacionalização, designadamente através das denominadas “fontes de financiamento para o desenvolvimento urbano sustentável”, previstas no parágrafo 7.1.1 do referido documento e que implicam o recurso ao ciclo de financiamento europeu 2014-2020, complementado com outras soluções de investimento geridas a nível europeu, tais como os programas Horizonte 2020, INTERREG (Europa, MED, SUDOE, POCTEP), Espaço Atlântico, COSME, LIFE e URBACT III, entre outros, e o Fundo Europeu para Investimentos Estratégicos, mas também a “abordagens territoriais integradas” (7.1.2), de que é exemplo o enfoque particular que “(...) é dado às ações integradas de desenvolvimento sustentável (AIDUS), que se destinam a prosseguir estratégias de desenvolvimento sustentável no âmbito do «Portugal 2020», tendo em consideração a relevância dos sistemas urbanos na dinamização do crescimento e do emprego, da competitividade e da inovação, e também da sustentabilidade e promoção da qualidade de vida”, a par da elaboração e implementação de Planos Estratégicos de Desenvolvimento Urbano (PEDU) e também Planos de Mobilidade Urbana Sustentável, definidos ao nível de NUTIII, planos de ação para a regeneração urbana para áreas específicas selecionadas e planos de ação integrados para as comunidades desfavorecidas objeto de intervenção.

Cumprirá ainda enfatizar o trabalho desenvolvido num âmbito nacional, em matéria de desenvolvimento urbano sustentável, que culminou na elaboração e publicação de um Relatório Nacional – Portugal Habitat III (agosto 2016), como preparação da posição portuguesa para a anteriormente mencionada Conferência do Quito e que terá contribuído para as conclusões finais daquela iniciativa, que

adotou a *Nova Agenda Urbana – Declaração do Quito sobre Cidades Sustentáveis e Aglomerados Urbanos para Todos*.

O Relatório Nacional subdividiu-se nas temáticas (i) Demografia Urbana, (ii) Ordenamento do Território e Planeamento Urbano, (iii) Ambiente e Urbanização, (iv) Governança Urbana e Legislação, (v) Economia Urbana e (vi) Habitação e Infraestruturas Básicas.³⁴

5. Direito, desenvolvimento e cidades sustentáveis

No âmbito das realidades acima expostas, importa reconhecer que, além das opções de políticas públicas, também o direito assume um papel de extrema relevância em matéria de desenvolvimento sustentável, designadamente no que concerne à organização dos territórios e das comunidades urbanas. Aliás, não é em vão que autores como AHJOND S. GARMESTANI e CRAIG R. ALLEN³⁵ procuraram, em conjunto com outros estudiosos destes temas, debater a relação entre a resiliência socio-ecológica com o direito que, na realidade, surge como um verdadeiro elemento catalisador das diferentes práticas da sociedade, podendo promover a adaptação da sociedade aos fenómenos das alterações climáticas, da rápida evolução das tecnologias e das próprias mudanças sociais.

Surgem, portanto, novas soluções de gestão, de planeamento e de direito, capazes de se adaptar às mencionadas mudanças. E, no campo do direito, é hoje possível discutir novos mecanismos alternativos de legislar, como as soluções do chamado *soft-law* ou procedimentos apoiados numa monitorização próxima e contínua do direito, baseada em diversos fatores, como a flexibilidade, a aprendizagem e monitorização contínuas, ou mesmo a participação da sociedade nos processos de planeamento, legislativos ou decisórios, e assumindo tais procedimentos as seguintes características:

³⁴ Sobre o relatório nacional, sugere-se a consulta da informação disponível em: <http://habitatiii.dgterritorio.pt/>.

³⁵ Cfr. AHJOND S. GARMESTANI e CRAIG R. ALLEN (eds.), *Social-Ecological Resilience and Law*, Columbia University Press, Nova Iorque, 2014.

- a) Flexibilidade – enquanto capacidade dos sistemas para acompanharem e adaptarem-se às constantes mudanças, tanto nos ecossistemas como na própria sociedade;
- b) Monitorização – uma vez que não é possível tomar decisões sem uma avaliação próxima e permanente da realidade, nomeadamente com recurso às novas tecnologias que, cada vez mais, sofrem avanços com maior celeridade;
- c) Continuidade e iterações – procedimentos que não sejam estanques e independentes entre si, compostos por diferentes momentos que enriqueçam a decisão final, sem conclusões absolutamente definitivas, mas sim suscetíveis de serem alteradas no futuro, dependendo das eventuais alterações nos sistemas sociais e ecológicos (porque nada é eterno, nem mesmo a legislação e as decisões administrativas);
- d) Multiplicidade de objetivos, estratégias e ações – planeamento e previsão de diferentes objetivos, cenários, hipóteses, replicação de dados, dado que os procedimentos relacionados com as matérias ambientais lidam com dados científicos, técnicos e com a realidade dos próprios elementos naturais, que é por vezes bastante imprevisível;
- e) Interdisciplinaridade – no que respeita aos temas da resiliência, da adaptação e do desenvolvimento sustentável, estão em apreço questões sociais, ambientais e também económicas, pelo que não será possível estudar os referidos temas numa única perspetiva do conhecimento, devendo proceder-se a uma articulação entre diferentes áreas do saber;
- f) Participação pública (e democrática) – os contributos das populações e os interessados em geral podem enriquecer de forma imensamente completa os resultados dos procedimentos adaptativos, tendo em consideração que são exatamente essas mesmas populações que habitam nos territórios, conhecem a realidade e poderão contribuir também para a própria implementação das decisões e da legislação dentro das suas comunidades e nos territórios em apreço, além que a participação dos cidadãos representa ainda uma aproximação dos eleitores aos eleitos e, de tal forma, reforça o sistema democrático,

cumprindo também os princípios consagrados na Convenção de Aarhus;³⁶

- g) Descentralização decisória – transferir as decisões para entidades e agentes localizados mais próximos da realidade das comunidades e dos territórios representa uma garantia de que essas mesmas decisões serão suportadas por um conhecimento mais completo de toda a informação disponível sobre a realidade em análise;
- h) Respostas dos sistemas/Circuito de retorno/*Feedback loop* – um procedimento não poderá decorrer de forma alheada das respostas que os elementos em análise vão apresentando ao longo do tempo, designadamente no que concerne ao estado dos valores naturais ou aos comportamentos das populações.³⁷

Em apreço encontra-se a necessidade do direito em garantir a resiliência socio-ecológica nos territórios urbanos, enquanto capacidade dos sistemas sociais e ambientais, dentro da cidade, em “absorver alterações das suas variáveis de estado, das suas variáveis determinantes e dos seus parâmetros, continuando a perdurar no tempo.”³⁸

Exige-se, portanto, adaptabilidade e flexibilidade dos ordenamentos jurídicos, embora não seja possível descurar, de forma alguma, a sua sempre necessária “efetividade”, de molde a que se garanta a respetiva aplicabilidade e o cumprimento das suas normas pelos sujeitos das mesmas.

³⁶ Convenção da Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas (CEE/ONU) sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, adotada em 25 de junho de 1998, na cidade dinamarquesa de Aarhus, durante a 4.^a Conferência Ministerial “Ambiente para a Europa”, e que entrou em vigor em 30 de outubro de 2001, concluído o processo de ratificação por 16 países membros da CEE/ONU e pela União Europeia, conforme previsto no artigo 20.º. A Convenção estabelece como seus objetivos (i) o acesso à informação, (ii) a participação do público em processos de decisão e (iii) o acesso à justiça.

³⁷ Por todos, cfr. CRAIG ANTHONY (TONY) ARNOLD e LANCE GUNDERSON, “Adaptive law”, in Ahjond S. Garmestani e Craig R. Allen (eds.), *Social-Ecological Resilience and Law...*, pp. 317-364.

³⁸ Cfr. CRAWFORD STANLEY HOLLING, *Resilience and stability of ecological systems*, in *Annual Review of Ecology and Systematics* 4, 1973, pp. 1-23.

As cidades procuram desenvolvimento, mas também mais qualidade de vida e igualdade para os seus habitantes. E apenas será possível aos governantes e legisladores que atuam dentro dos espaços urbanos seguir um caminho de desenvolvimento sustentável se existir consciência e reconhecimento de novos paradigmas no ambiente e nas alterações climáticas,³⁹ nas tecnologias inovadoras e no chamado *big data*, promovendo-se caminhos jurídicos e de políticas públicas que favoreçam a criação de cidades mais inteligentes – desde as áreas da energia, do trânsito, dos resíduos ou do saneamento, à efetiva participação pública local.⁴⁰

6. Conclusões e perspetivas futuras

Cidades sustentáveis são espaços suscetíveis de conjugar uma convivência diária entre pessoas, tecnologia e natureza, de forma harmoniosa e capaz de melhorar a vida dos seus habitantes, tanto aqueles pertencentes às gerações presentes como às futuras.

O direito, que sempre assumiu o papel de catalisador dos avanços e das mudanças sociais, começa agora a surgir como um possível potenciador de novas perspetivas e novos caminhos de um desenvolvimento sustentável, capaz de “(...) satisfazer as necessidades das gerações atuais sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem as suas”, como sugeriu, ainda em 1987, o relatório da Comissão Brundtland – *World Commission on Environment and Development* (WCED) –, intitulado *Our Common Future*.

Estes são novos tempos. São os tempos das cidades, os tempos dos avanços tecnológicos, os tempos das alterações climáticas e os tempos em que os territórios, as comunidades, mas também o direito, têm de assumir-se como mais resilientes: capazes de evoluir, adaptando-se ao futuro, às perturbações externas e às mudanças, garantindo as

³⁹ TIAGO ANTUNES, “A adaptação às alterações climáticas em contexto urbano”, in Carla Amado Gomes e Tiago Antunes (eds.), *O Ambiente & a Cidade*, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, pp. 17-29. Disponível em: <http://www.icjp.pt/>.

⁴⁰ ANNIE DECKER, “Smart Law for Smart Cities Symposium: Introduction”, in *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 41, Issue 5, Article 2, 2015, pp. 1491-1498.

suas idiossincrasias e as características que os distinguem das demais realidades existentes.

Face ao anteriormente expandido e com base nos exemplos apresentados, é-nos hoje possível acreditar que as cidades do futuro podem, efetivamente, ser mais inteligentes, mais sustentáveis e mais inclusivas. Com a vontade dos governantes e a participação dos demais cidadãos, as cidades poderão ser, já nos dias de hoje, capazes de promover uma verdadeira “amizade a um desenvolvimento com futuro”⁴¹ e o direito é, sem qualquer dúvida, o grande motor desse novo caminho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, TIAGO, “A adaptação às alterações climáticas em contexto urbano”, in Carla Amado Gomes e Tiago Antunes (eds.), *O Ambiente & a Cidade*, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015;
- BELL, STUART; MCGILLIVRAY, DONALD; e PEDERSEN, OLE, *Environmental Law*, 8th edition, Oxford, Oxford University Press, 2013;
- CAVACO, CRISTINA (ed.), *Cidades Sustentáveis 2020*, Lisboa, Direção-Geral do Território, 2015;
- CARVALHO, CELSO SANTOS; e ROSSBACH, ANACLAUDIA (org.), *The City Statute: A commentary*, São Paulo, Cities Alliance and Ministry of Cities – Brazil, 2010;
- DECKER, ANNIE, “Smart Law for Smart Cities Symposium: Introduction”, in *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 41, Issue 5, Article 2, 2015;
- ELTGES, MARKUS, “Leipzig Charter on Sustainable European Cities – A Work in Progress”, in *European Spatial Research and Policy*, Vol. 16, No. 2, 2009;
- GARCIA, MARIA DA GLÓRIA, *O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente*, Coimbra, Almedina, 2007;
- GARMESTANI, AHJOND S.; e ALLEN, CRAIG R. (eds.), *Social-Ecological Resilience and Law*, Columbia University Press, Nova Iorque, 2014;

⁴¹ Na esteira de MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 244-249.

- HARVEY, DAVID, “The Right to the City”, in *New Left Review*, 53 (September-October 2008);
- HARVEY, DAVID, *Rebel cities: from the right to the city to the urban revolution*, London-Brooklyn, NY, Verso, 2012;
- HOLLING, CRAWFORD STANLEY, *Resilience and stability of ecological systems*, in *Annual Review of Ecology and Systematics* 4, 1973;
- LEFEBVRE, HENRI, *Le Droit à la Ville*, Paris, Anthropos, 1968;
- PARK, ROBERT EZRA, *On Social Control and Collective Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1967;
- ROLNIK, RAQUEL (coord.), *The Statute of the City. New tools for assuring the right to the city in Brazil*, Instituto Pólis, 2002;
- SACHS, JEFFREY D., *The Age of Sustainable Development*, Nova Iorque, Columbia University Press, 2015.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: tiagocartaxo@fd.unl.pt

O mundo na escala nanométrica observado pelo direito¹

The world on the nanometric scale observed by the law

WILSON ENGELMANN²

Resumo: A possibilidade de o ser humano acessar a escala nanométrica abre muitas possibilidades – gerando consequências positivas e negativas. A pesquisa e o desenvolvimento de produtos estão em franco crescimento. No mercado consumidor aumentam gradativamente os produtos gerados a partir das nanotecnologias. Existem diversas iniciativas regulatórias em termos globais, sem envolver, no entanto, o Poder Legislativo. No Brasil, o assunto ainda debatido timidamente. Por isso, há um campo importante para o uso da criatividade na construção de perspectivas regulatórias. Se verifica a possibilidade de desenvolvimento de

¹ Resultado parcial dos seguintes projetos de pesquisa desenvolvidos pelo autor: a) “Desenhando modelos regulatórios para nanomateriais no Brasil a partir da adaptação de estruturas normativas internacionais: especificando o cenário para o diálogo entre as fontes do Direito e a juridicização dos *atos nanotecnológicos*”: Bolsa de Produtividade em Pesquisa do CNPq; b) “Observatório dos Impactos Jurídicos das Nanotecnologias: em busca de elementos essenciais para o desenvolvimento do diálogo entre as Fontes do Direito a partir de indicadores de regulação às pesquisas e produção industrial com base na nano escala”: Edital Universal 14/2014 – CNPq; c) “As Nanotecnologias como um exemplo de inovação: em busca de elementos estruturantes para avaliar os benefícios e os riscos produzidos a partir da nano escala no cenário da pesquisa e inovação responsáveis (RRI) e dos impactos éticos, legais e sociais (ELSI)”: Apoio a Projetos de Pesquisa/Chamada CNPq/MCTI N° 25/2015 Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas. Entregue: 3.1.2017; aprovado: 14.3.2017.

² 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

cenários e modelos regulatórios, especialmente por meio do diálogo entre as fontes do Direito.

Palavras chave: *Nanotecnologias, Regulação, Riscos, Diálogo entre as Fontes do Direito, Impactos Éticos e Sociais.*

Abstract: The possibility of the human access the nanoscale opens up many possibilities – generating positive and negative consequences. Research and product development are growing fast. In the consumer market gradually increase the products generated from nanotechnologies. There are several globally regulatory initiatives, without involving, however, the legislature. In Brazil, the issue is still debated timidly. Therefore, there is a major field for the use of creativity in building regulatory perspective. It checks the possibility of development scenarios and regulatory models, especially through dialogue between sources of law.

Key words: *Nanotechnology, Regulation, Risk, Dialogue between the Sources of Law, Ethics and Social Impacts.*

O momento atual vivido pela comunidade humana traz novidades e desafios, muitos dos quais sem precedentes e, por isso, com consequências – positivas e negativas – incalculáveis. Sem dúvida, a imaginação criativa humana viabiliza a projeção e o desenvolvimento de artefatos que poderão ser muito úteis, possibilitando uma vida mais confortável. No entanto, o motor da imaginação – que se tem denominado de inovação – tem levado o ser humano a ingressar em campos, desde sempre existentes na natureza, mas acessíveis ao ser humano justamente como decorrência da “inquietante natureza humana”. A partir dessa característica, se pode destacar uma espécie de “fascínio pela criatividade”, que é um elemento muito valorizado na atualidade e que impulsiona a todos em busca de mais e mais inovação.

As nanotecnologias se localizam entre as áreas que integram a denominada Quarta Revolução Industrial, a qual apresenta as seguintes características: a) *velocidade*: diferente das Revoluções anteriores, esta quarta, evolui num ritmo exponencial e não linear. “[...] Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais

novas e cada vez mais qualificadas”. O conjunto tecnológico gera novas tecnologias; b) *amplitude e profundidade*: a partir da perspectiva digital, a Quarta Revolução Industrial gera mudanças paradigmáticas na economia, nos negócios, na sociedade e nos indivíduos. Aqui se abrem espaços importantes para a discussão dos impactos éticos, legais e sociais, que integram a sigla em inglês ELSI, conforme se verá mais adiante; c) *impacto sistêmico*: esta nova revolução, “[...] envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade” (SCHWAB, 2016, p. 13). A metodologia sistêmico-construtivista também sustenta as reflexões deste texto e sinaliza para uma interrelação entre todos os segmentos envolvidos com as novas tecnologias e, no caso deste artigo, das nanotecnologias. Considerando as analisadas características da Quarta Revolução Tecnológica, se poderá projetar e ficar muito atento aos impactos que todo esse cenário tecnológico poderá gerar na vida cotidiana, mostrando as interrelações entre o homem e a tecnologia, os impactos em relação ao indivíduo, em relação ao poder, a política e a economia; os reflexos sobre a cultura, sociedade e o entretenimento, com um destaque especial às forças que governam esta Quarta Revolução Industrial (PACHECO, 2016).

Colin McGinn (2015) descreve esse cenário apresentando um “hino à mão”, como a grande responsabilidade pela busca humana incansável em direção à inovação. O autor, a partir de estudos interdisciplinares, examina a importância da mão no desenvolvimento da evolução humana. A espécie humana possui determinadas características, como a linguagem, o pensamento racional, a cultura e um amplo espectro afetivo, que sustentam o seu caráter evolutivo, levando-o para uma migração categorias que se verifica do *Homo Habilis* (ou *Homo Faber*) ao *Homo Creator*. Vale dizer, as habilidades humanas são extrapoladas, indo muito além de mera produção do necessário para a sobrevivência, mas numa direção de “rebeldia” com as próprias características e imperfeições que o próprio ser humano vislumbra em si e no seu modo de ser (ANDERS, 2011). A partir daí, este mesmo ser humano se coloca a si e os outros em perigo, considerando as extravagâncias possibilitadas pela sua criatividade. Justamente nesse cenário ingressa o papel da mão. Segundo McGinn (2015), existe uma co-evolução entre

a mão e o cérebro, levando a mão a ter outras funções que não apenas ser utilizada, originalmente, para a locomoção. A mão é uma espécie de elo que liga os antepassados simiomorfos ao homem moderno, dada a sua configuração especialmente enervada para a sensação e a percepção. Aí se insere a criatividade, ou seja, uma capacidade de intuir um novo uso, peculiar da inteligência, sem se esquecer da capacidade de solucionar problemas e obstáculos.

Uma destas possibilidades de percepção da criatividade é o acesso à escala nanométrica, ou seja, por meio de equipamentos especiais – como o microscópio eletrônico e o de força atômica – se tem conseguido visualizar uma medida equivalente à bilionésima parte do metro, que é a medida aproximada de átomos e moléculas. Uma das utilizações da nano escala é a nano partícula de prata na produção de alimentos (ENGELMANN, ALDROVANDI E VON HOHENDORFF, 2016). A prata é um antibactericida conhecido desde a antiguidade. No entanto, a novidade se encontra na produção da prata em nano partículas, que é utilizada em embalagens e películas, que aumentam o prazo de validade dos produtos.

Um “detalhe” que chama a atenção: na escala nanométrica o comportamento físico-químico dos materiais difere do seu similar em escala macro (GARNER and KELLER, 2014). Essa característica, a partir da interação com o meio ambiente ou o corpo humano, poderá gerar efeitos adversos – tóxicos – ainda pouco conhecidos (BEAUDRIE *et al*, 2014). Apesar desse panorama, o número de produtos produzidos a partir da nano escala ou com a inserção de alguma nano partícula na sua composição tem crescido vertiginosamente no mercado consumidor³, mas sem testes ou conhecimentos conclusivos sobre os riscos que poderão ser gerados pelas nano partículas utilizadas. Vale dizer: o ser

³ Segundo dados encontrados na *Nanotechnology Products Database*, atualmente existem 6.054 marcas individuais com alguma relação com as nanotecnologias, produzidas por 824 companhias, distribuídas em 47 países, no levantamento publicado em outubro de 2016. A cada novo levantamento, se observa o crescimento desses números. Dentre os principais grupos de produtos, são destacados os seguintes setores: automotivo, construção, cosméticos, eletrônicos, eletrodomésticos, petróleo, esporte e fitness, têxteis, água e água residual (efluentes). Disponível em: <<http://product.statnano.com>> Acesso em 15 nov. 2016.

humano e o meio ambiente estão recebendo produtos com características novas e ainda pouco conhecidas⁴, sem que se tenha desenvolvido um marco regulatório adequado. Aliás, existe um debate forte que, coloca em lados opostos, os cientistas e aqueles que defendem a necessidade de uma regulação imediata (BEAUDRIE *et al*, 2014).

⁴ Em matéria publicada no Correio Brasiliense, em 17 de janeiro de 2016, intitulado: *Estudos apontam risco do uso de nanopartículas ao meio ambiente: há sinais de que esses elementos também prejudicam a saúde humana*, de autoria de Roberta Machado, se destaca: “As nanopartículas estão entre os novos materiais favoritos da indústria, devido às diversas propriedades que elas conferem a todo tipo de produto. Quando são reduzidos à escala nanométrica, elementos como prata e óxido de zinco se transformam em potentes antibactericidas, protetores de matérias-primas delicadas e películas capazes de estender a validade de alimentos, entre diversas outras utilidades. Essas vantagens levaram os fabricantes a incorporar as nanomateriais a uma variedade de produtos, como fármacos, tecidos, eletrônicos, pesticidas e embalagens. O problema é que pouco se sabe sobre um outro lado, nada benéfico, dos superpoderes desses pequenos agentes. Pesquisas começam a mostrar o potencial poluente das nanopartículas e como esses compostos podem afetar o meio ambiente numa escala bastante perigosa. A principal ameaça está nos efluentes de indústrias que empregam esse tipo de material, mas eles também podem chegar ao ambiente por meio de pesticidas ou da rede de esgoto doméstica, na forma de água misturada com produtos comuns, como xampu ou pasta de dentes. Uma análise recente do Laboratório Suíço de Tecnologia e Ciência dos Materiais (EMPA) mostra, por exemplo, que até mesmo roupas tratadas com prata liberam partículas do composto na água usada para a lavagem das peças. Um trabalho publicado por pesquisadores norte-americanos há um ano também sugere que esses materiais acabam liberados pelo esgoto a partir de alimentos. Os cientistas testaram oito bebidas de suplementos nutricionais que têm entre os ingredientes nanopartículas de ouro, prata, cobre, zinco, platina e paládio. Eles notaram que os novos materiais tendem a subir para a superfície, onde podem causar problemas para a vida aquática depois que os efluentes alcançam os oceanos. Os cientistas ressaltam, contudo, que ainda não há como quantificar o volume de nanomateriais vindos de alimentos industrializados lançados ao ambiente dessa maneira. E não são só os animais aquáticos que podem estar em perigo. Testes feitos com células intestinais humanas sugerem que as partículas podem fazer mal ao organismo antes de serem eliminadas. Nos experimentos feitos em laboratório, as bebidas mudaram a organização celular do tecido e prejudicaram estruturas que trabalham na digestão. “Eu acredito que nanomateriais deveriam ter a segurança testada antes de serem usados em produtos como comida”, ressalta Robert Reed, pesquisador da *School of Sustainable Engineering and the Built Environment* da Universidade Estadual do Arizona”. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2016/01/17/interna_ciencia_saude,514245/estudos-apontam-risco-do-uso-de-nanopartículas-ao-meio-ambiente.shtml> Acesso em 15 nov. 2016.

No Brasil não é diferente. Em 25 de junho 2015, foi realizada a segunda audiência pública conjunta das comissões de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável; e de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, para discutir e enriquecer a redação de dois projetos de lei que estão em tramitação na Câmara dos Deputados: 1) Projeto de Lei 5.133/2013, que regulamenta a rotulagem de produtos da nanotecnologia e de produtos que fazem uso da nanotecnologia; e 2) Projeto de Lei 6.741/2013, que dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, e dá outras providências (PESQUISADORES ..., 2016). Nesta audiência, se verificou claramente uma cisão entre os pesquisadores que se dedicam às nanotecnologias: de um lado e contra a regulação, os representantes das Ciências Exatas e, de outro lado e favorável à regulação, estava o único representante das demais áreas do conhecimento. No caso, era o autor deste artigo, que tentou mostrar que a criação de uma lei poderá ser uma alternativa, viabilizando o amplo debate – e aí o elemento democrático da regulação estatal – com a participação de todos os setores interessados, por meio de emendas à redação original do texto do projeto de lei.

Apesar dos esforços em se caminhar em busca da construção interdisciplinar do conhecimento, o que se verificou na audiência pública ainda é a mais fechada perspectiva das diversas áreas do conhecimento na estruturação dos caminhos para a resolução de um problema comum: a instalação segura das nanotecnologias na sociedade. De fato, ainda se está vivenciando a dicotomia entre dois grandes grupos: as Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, de um lado e, as Ciências Exatas ou Duras, de outro. Pelo menos no contexto brasileiro ainda se tem muito a caminhar, com a flexibilização e a porosidade das fronteiras que separam as disciplinas. Além disso, outro aspecto relacionado às nanotecnologias também ainda deverá ser melhor compreendido: talvez o caminho mais adequado para este momento do estado da arte do conhecimento sobre os desafios e as possibilidades que a nano escala poderá trazer, não seja a criação de uma regulação legislativo-estatal, mas trazer para o cenário regulatório outras alternativas, como, por exemplo, o papel normativo dos princípios. Eles apresentam um caráter normativo, pois

são uma espécie do gênero norma jurídica, onde também se localizam as regras (legislação em geral, por exemplo). Os princípios, no entanto, têm uma margem de abertura e flexibilidade maior do que as regras, pois estão focados na colaboração da busca pela melhor juridicidade possível para o caso concreto onde são aplicados. Por isso, deverão receber mais atenção (TAVARES e SCHRAMM, 2015). Cabe destacar, por exemplo, da redação do Projeto de Lei 6.741/2013, antes mencionado, a indicação do uso dos seguintes princípios: informação e transparência; participação social; precaução; prevenção; e responsabilidade social. Observe-se que o próprio texto do projeto sinaliza para a importância dos princípios no conjunto regulatório das nanotecnologias.

O Direito também se encontra em processo de renovação no tocante à teoria das fontes. Procurando afastar-se uma perspectiva positivista-legalista, que ainda aparece no imaginário de muitas pessoas, ou seja, a lei resolve todos os problemas, há um forte indicativo para a movimentação do diálogo entre as fontes do Direito. Considerando-se o plural “fontes”, abrem-se possibilidades para o manuseio de outras alternativas regulatório-normativas que transcendem a mera legislação estatal. Em paralelo, será necessária a construção de pontes com a Administração, por exemplo, a fim de construir modelos de gestão abrangente de riscos, inovação sustentável e governança dos riscos (SUBRAMANIAN *et al*, 2016). Uma correta gestão dos riscos incertos exige não somente prevenir a arbitrariedade do trabalhador (operador) jurídico, mas deverá ser efetiva. A arbitrariedade é um grave problema para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, porém a morte em massa de pessoas ou a completa destruição de ecossistemas é um problema sistemicamente mais grave (EMBED TELLO, 2015, p. 95).

Por conta disso, se fundamental levar em consideração estândares privados como fontes de Direito, ou as boas práticas, a partir de organizações como OMC, OCDE, ISO. Há uma tendência de privatização do Direito, dando abertura para o movimento do pluralismo jurídico. Desta forma, se poderão identificar três faixas de normas: a primeira vem definida pelos princípios de hierarquia superior, como princípios do GATT e WTO, além dos direitos fundamentais; depois vem a legislação em sentido amplo, ou seja, o Direito positivo editado pelas instâncias com competências legislativas e regulamentares e,

finalmente, as normas aprovadas pelos organismos e autoridades de standardização (DARNACULLETA i GARDELLA, 2015, p. 212).

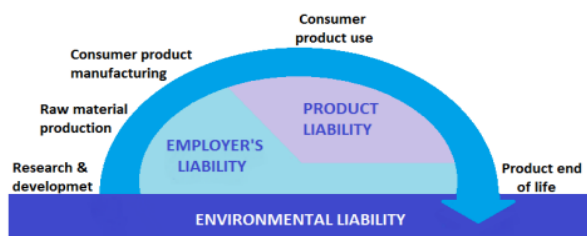
Portanto, além das fontes tradicionais do Direito (a legislação vigente, mas sem uma referência explícita às nanotecnologias, mas com aplicação considerando um horizonte de interpretação abrangente, além da Doutrina, Contratos, Costumes, entre outros), se deverá considerar também as indicações expedidas pela OCDE (2016), as normas ISO sobre nanotecnologias e nanomateriais produzidos pelo Comitê Técnico 229 (2016), as normas expedidas pelas agências reguladoras (GERMAN..., 2016), as recomendações e orientações expedidas pela NIOSH⁵ (2016). Ao lado dessas novas fontes do Direito, também deverão ser analisadas outras fontes como, por exemplo, a decisão do Parlamento Europeu sobre a rotulagem dos cosméticos que contenham nanopartículas (*The European Parliament and the Council*, 2016), nesse cenário também a indicação sobre a necessidade de rotulação dos alimentos que contenham nanopartículas (*The European Parliament and the Council*, 2016a) e as novas determinações sobre as embalagens e o nível de migração das nano partículas de zinco da embalagem para os alimentos (*European Food Safety Authority – EFSA*, 2016). Além de muitas outras recomendações publicadas nos Estados Unidos, Europa e União Europeia, e os países asiáticos⁶.

Da mesma forma, se verifica um aumento de publicações sobre riscos das nanopartículas (KULINOWSKI, 2015). Esse conjunto de publicações também deverá ser considerado como um ingrediente regulatório, pois representa o que já se sabe sobre o comportamento de algumas partículas quando manipuladas em escala nanométrica. Há que se considerar também a possibilidade dos riscos das nanotecnologias no meio ambiente do trabalho (VON HOHENDORFF, COIMBRA, ENGELMANN, 2016). O trabalhador é um dos primeiros que se encontra exposto às novidades que poderão ser produzidas pelas nano partículas. Se deverá

⁵ NIOSH – The National Institute for Occupational Safety and Health – é a agência federal americana que de lidera a realização de pesquisas e o fornecimento de orientações sobre as implicações e aplicações profissionais de segurança e saúde das nanotecnologias.

⁶ Interessante inventário de publicações normativas se encontra em FOLADORI e INVERNIZZI, 2016.

Figure 1. The life cycle of products containing nanomaterials and the type of insurance products that can be impacted



considerar a incapacidade dos atuais equipamentos individuais de produção garantirem uma mínima proteção à saúde do trabalhador. Na figura a seguir reproduzida (BAUBLYTE et al, 2014) se poderá verificar o ciclo de vida dos nanomateriais, sinalizando os diversos estágios e expostos aos riscos gerados na escala nanométrica:

O ambiente estará exposto a variações desconhecidas ao longo de todo o ciclo de vida dos nanomateriais até o seu final, seja pela reciclagem, incineração ou outros meios. No entanto, os trabalhadores estarão expostos desde o início, considerando a pesquisa e o desenvolvimento, depois na produção da matéria-prima, até a produção e manufatura dos produtos que chegarão ao mercado consumidor. A partir daí, ingressa na cena de exposição o consumidor, que também e muitas vezes é o próprio trabalhador.

Neste panorama, o Direito, por meio do diálogo entre as suas fontes, poderá construir respostas jurídicas apropriadas para dar suporte aos novos direitos e deveres gerados pelas nanotecnologias (ENGELMANN, 2015). Do movimento da tradicional regulação, onde a participação do Estado é fundamental, a tendência verificada é do reforço de atividades de regulação a partir de constantes internas, e se observa, em especial, a valorização de outros atores na produção de respostas jurídicas (*“soft law”*), o que representa efetiva mutação no sentido da *desregulamentação* tradicional estatal para a regulação dialogal não-estatal. Assim, se abre o espaço para uma regulação que permita às organizações se adaptarem sozinhas às variações de seu meio ambiente. O diálogo entre os diversos atores, focados no desenvolvimento de orientações

e normativas para as nanotecnologias, uma governança antecipatória (ROCO et al., 2010), se insere neste cenário (SUPLOT, 2007). Destacam-se, nesta paisagem antecipatória, sem a pretensão de exaurir a enunciação, um considerável grupo de agências governamentais federais internacionais, órgãos normalizadores, organizações profissionais, além de organizações não governamentais sobre riscos e questões ambientais que estão debatendo e editando arcabouço normativo plural e muito variado sobre nanomateriais, incluindo aqueles relacionados à saúde humana, animal e ambiental.

Essas e tantas outras fontes produtoras de normas deverão ser consideradas pelo Direito. Não se poderá mencionar que inexistente regulação sobre as nanotecnologias. Pelo contrário, existe um excesso de regulação e a questão que surge é a seguinte: quem harmonizará este conjunto variado de normativas sobre as nanotecnologias? Quais os critérios para se aplicar uma norma e não a outra, pois elas, em alguns momentos, apontam para soluções divergentes.

O Estado continuará existindo neste contexto de autorregulação, mas com características diferentes. Interessante é a observação trazida por Claudio Franzius (2015, p. 217), que desenha uma espécie de autorregulação regulada como estratégia de coordenação, com três discursos colidentes: (a) “O Estado garante e reconhece a autorregulação regulada como um modo de atuação”: o Estado passará a ser responsável pela estruturação de uma metarregulação, garantindo os elementos qualitativos e constitucionalmente aceitos das propostas de autorregulação; (b) “A instituição de redes para a descrição de determinados fenômenos”: a estruturação de redes que interconectam os diversos atores envolvidos, onde se deverá trazer o consumidor, a ser ouvido especialmente sobre o nível de risco que está disposto a correr em nome da inovação tecno-científica. As organizações deverão, no intuito de estruturar a organização que cumpre o Direito, colocar o consumidor no seu ciclo de produção dos novos produtos; (c) “A perspectiva de governança sobre a estrutura de regulação”: serão necessárias ações internas, mas com reflexos externos, nas organizações. A governança poderá ser caracterizada como “[...] uma coordenação das contribuições da ação de atores estatais e não estatais. [...] as estruturas de regulação afetam o comportamento dos atores, porém não o determinam. [...]”

(FRANZIUS, 2015, p. 240). Uma das possibilidades que se abrem são as vantagens organizacionais dos *programas de cumprimento*. Como ensina Miguel Casanova, a sociedade empresária nasce a partir de um contrato, mas gradativamente sofrendo modificações, sinalizando um “interesse social”, que “[...] não é definido de uma maneira concreta, acabada e definitiva, *a priori*, senão que resulta da interpretação e integração que, em cada caso, os diretores realizam da rede de contratos que conformam a sociedade” (2015, p. 108).

É por isso, que uma alternativa a ser levada em consideração se refere à análise das implicações éticas e sociais que as nanotecnologias poderão gerar. Esse elemento de legitimação é denominado, na expressão em inglês, de *Ethical, Legal and Social Impacts/Implications* (ELSI) ou *Etical, Legal Social Aspects* (ELSA), sendo uma variação para se atingir o mesmo objetivo, isto é, que o desenvolvimento científico se preocupe com as consequências éticas e sociais das suas investidas na descoberta das forças da natureza (ENGELMANN, 2015). Dito de outra forma: a inserção desses impactos ou aspectos busca “[...] fornecer uma base de conhecimentos para o desenvolvimento da ciência e tecnologias emergentes, destacando uma forma responsável e com uma consciência da ética, além dos aspectos e impactos de tais desenvolvimentos legais e sociais”. Uma forma de expressão dos elementos ELSI, se encontram em uma concepção renovada da empresa – cidadania de empresa e empresa cidadã: a empresa não é entendida como um tipo de máquina, orientada exclusivamente para a obtenção do benefício material, mas como um grupo humano, que se propõe satisfazer necessidades humanas com qualidade. Para isso, emergem mudanças empresarias para este modelo: mudança estrutural que leva a hierarquia à co-responsabilidade; uma mudança na cultura organizativa; a reconfiguração ética do mundo do trabalho, como uma exigência para lidar com os riscos incertos e desconhecidos que as nanotecnologias poderão trazer e o reposicionamento do balanço social, que não representa somente o balanço econômico da organização, mas “[...] também dados sobre o grau de satisfação que uma empresa está gerando na sociedade na qual desenvolve sua atividade” (CORTINA, 2005, p. 85-6).

Paralelamente, “[...] surgem movimentos com a preocupação em promover a chamada pesquisa e inovação responsáveis (sigla em inglês

RRI – Responsible Research and Innovation⁷), especialmente no bojo da Política Europeia de Investigação e Inovação, em particular com o financiamento do novo programa da Comissão Europeia (CE) de investigação chamado de *Horizonte 2020*” (FORSBERG, 2015).

Portanto, quando se fala em *pesquisa e inovação responsáveis* (RRI), busca-se o seguinte delineamento: “é um processo interativo transparente onde os atores sociais e inovadores tornam-se mutuamente responsáveis pela perspectiva da aceitabilidade (ética), sustentabilidade e desejabilidade social do processo de inovação e a comercialização dos produtos” (SCHOMBERG, 2013). Existem, pelo menos, quatro dimensões próprias da RRI: a antecipação; a inclusão; a reflexividade e a responsabilidade. Esses elementos estruturantes sinalizam uma necessária mudança paradigmática das organizações que querem desenvolver as tecnologias que compõem a Quarta Revolução Industrial: há evidências que a mera busca pelo lucro, que sempre caracterizou as organizações no contexto global do capitalismo, não são mais aceitáveis, apesar de ainda se encontrarem profundamente enraizadas no contexto empresarial. As citadas características da RRI que acabam envolvendo qualitativamente o agir das organizações abre possibilidades temporais inéditas: a preocupação com o futuro, que é incerto.

A conjugação dos esforços inseridos nos movimentos da RRI e da ELSI evidenciam a preocupação e o movimento de antecipação do futuro (desconhecido e incerto): se pode estar preparado para o futuro, sem procurar saber o que o futuro reserva. Na verdade, é muito difícil imaginar possível ou futuros plausíveis, o que acarreta a diminuição da nossa capacidade de ver o que está acontecendo. A ideia não é nova e nem original. No entanto, ele (o futuro) espalha em silêncio sobre os responsáveis por políticas e consultores de tecnologias, que foram fixados na noção de que o mix de energia do futuro e que será determinado pelos últimos avanços científicos e tecnológicos e para aquilo que eles poderão trazer. Neste panorama, se podem projetar três níveis de antecipação: nível I: promover a preparação para o inesperado no mundo como nós o conhecemos; nível II: será importante visualizar um pouco além daquilo que se enxerga, isto é, projetar cenários;

⁷ Sobre uma perspectiva histórica da RRI, consultar: WILSDON, 2014; e NORMANN, 2014.

nível III: instaurar as bases para uma política do futuro, inserindo o coletivo e o social e não somente o individual e o particular. Assim, se terá condições de promover a inovação responsável em tempo real e governança antecipatória (NORDMANN, 2014, p. 88-90).

Por conta desta paisagem, “a inovação responsável significa cuidar do futuro através do manejo coletivo de ciência e inovação no presente” (STILGOE, 2013). Muito significativos são os estudos sobre a RRI desenvolvidos por Armin Grunwald, enfocando a governança reflexiva, como uma alternativa para o panorama de incerteza, que está sendo gerado pelas nanotecnologias (2014). No fundo, a conjugação de esforço ELSI e RRI, buscam antecipar uma espécie de responsabilidade, que se poderá denominar de “levar a responsabilidade a sério” (SUPIOT e DELMAS-MARTY, 2015): projetar, inovar, avaliar e assumir os riscos decorrentes. Um detalhe: esse encadeamento de ações deverá ser democraticamente enlaçado, pois é inadmissível que apenas os aspectos positivos sejam privatizados, enquanto os riscos, os resultados negativos, os danos e os prejuízos sejam socializados. Aqui se tem o desafio: equacionar esses elementos. Cabe ao Direito, portanto, considerando o arcabouço plural-normativo acima desenhado, assegurar o respeito aos Direitos (dos) Humanos, aqui considerados como o respeito à saúde e segurança de cada ser humano e a preservação ambiental, para a permanência de uma vida saudável no Planeta Terra.

REFERÊNCIAS

- ANDERS, Günther. *La obsolescencia del hombre: sobre la destrucción de la vida en la época de la tercera revolución industrial*. Tradução de Josep Monter Pérez. Valencia: Pre-Textos, 2011, vol. II.
- BAUBLYTE, Lijana; MULLINS, Martin; MURPHY, TOFAIL, Finbarr and Syed A. M. *News Letter Risk Management*, The Geneva Association, nº 54, de junho de 2014.
- BEAUDRIE, C. E. H.; SATTERFIELD, T.; KANDLIKAR, M.; HARTHORN, B. H. *Scientists versus Regulators: Precaution, Novelty & Regulatory Oversight as Predictors of Perceived Risks of Engineered Nanomaterials*. PLoS ONE 9(9): e106365, 2014.

- CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo*: para uma teoria da cidadania. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.
- EMBED TELLO, Antonio Eduardo. Retos de la relación ciencia-derecho: la procedimentalización de la evaluación de riesgos en la Unión Europea. IN: DARNACULLETA i GARDELLA, M. Mercè; ESTEVE PARDO, José; SPIECKER gen. DÖHMANN, Indra (eds.). *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 89-101.
- DARNACULLETA i GARDELLA, M. Mercè. Autorregulación Normativa y Derecho en la globalización. IN: DARNACULLETA i GARDELLA, M. Mercè; ESTEVE PARDO, José; SPIECKER gen. DÖHMANN, Indra (eds.). *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 197-216.
- ENGELMANN, Wilson (Org.). *Nanocosméticos e o Direito à Informação*: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífica na escala nano da necessidade de informar o público consumidor. Erechim: Deviant, 2015.
- ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um exemplo de inovação e os reflexos jurídicos no cenário da pesquisa e inovação responsáveis (*responsible research and innovation*) e das implicações éticas, legais e sociais (*ethical, legal and social implications*). IN: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, n. 12.
- ENGELMANN, Wilson; ALDROVANDI, Andréa; VON HOHENDORFF, Raquel. La utilización de la nanoplasta en la producción alimenticia mundial y brasileña: una mirada a partir de investigaciones nanotoxicológicas. IN: FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela; ZÁYAGO LAU, Edgar (Coords.). *Investigación y mercado de nanotecnologías en América Latina*. [Zacatecas, Zac.]: Universidad de Zacatecas; Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, 2016, p. 83-110.
- EUROPEAN FOOD SAFETY AUTHORITY – EFSA. EFSA CEF Panel (EFSA Panel on Food Contact Materials, Enzymes, Flavourings and Processing Aids), 2015. Scientific Opinion on the safety evaluation of the substance zinc oxide, nanoparticles, uncoated and coated with [3- (methacryloxy) propyl] trimethoxysilane, for use in food contact materials. EFSA Journal 2015;13(4):4063, 9 p.

- FOLADORI, Guillermo e INVERNIZZI, Noela. La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferencias EUA-UE. *Vigilância Sanitária em Debate*: Sociedade, Ciência & Tecnologia, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 8-20, maio 2016. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/726/313>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- FORSBERG, Ellen-Marie. ELSA and RRI – Editorial. IN: *Life Sciences, Society and Policy*, v. 11, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.lsspjournals.com/content/11/1/2>> Acesso em 15 nov. 2016.
- FRANZIUS, Claudio. Autorregulación regulada como estrategia de coordinación. IN: DARNACULLETA i GARDELLA, M. Mercè; ESTEVE PARDO, José; SPIECKER gen. DÖHMANN, Indra (eds.). *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 217-243.
- GARNER, Kendra L. and KELLER, Arturo A. Emerging patterns for engineered nanomaterials in the environment: a review of fate and toxicity studies. IN: *J Nanopart Res*, 16:2503, 2014.
- GERMAN ENVIRONMENT AGENCY. Nanomaterials in the environment – Current state of knowledge and regulations on chemical safety Recommendations, Background-may 2016. Disponível em: <<http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/nanomaterials-in-the-environment>> Acesso em 15 nov. 2016.
- GRUNWALD, Armin. Modes of orientation provided by futures studies: making sense of diversity and divergence. IN: *European Journal of Futures Research*, 15:30, 2014.
- ISO/TC 229– Nanotechnologies. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?commid=381983> Acesso em 15 nov. 2016.
- KULINOWSKI, Kristen M. Tentación, tentación, tentación: ¿por qué es probable que respuestas simples sobre los riesgos de los nanomateriales sean erróneas? IN: FOLADORI, Guillermo et al (Coords.). *Nanotecnologías en América Latina: trabajo y regulación*. Universidad Autónoma de Zacatecas; México, D.F.: Miguel Ángel Porrúa, 2015.
- MACHADO, Roberta. Estudos apontam risco do uso de nanopartículas ao meio ambiente: há sinais de que esses elementos também prejudicam a saúde humana. IN: *Correio Brasiliense*, em 17 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2016/01/17/interna_ciencia_saude,514245/>

- estudos-apontam-risco-do-uso-de-nanopartículas-ao-meio-ambiente.shtml> Acesso em 15 nov. 2016.
- MCGINN, Colin. *Prehension*. The Hand and the Emergence of Humanity. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology – MIT, 2015.
- NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE. Disponível em: <<http://product.statnano.com>> Acesso em 15 nov. 2016.
- NIOSH – Nanotechnology Research Center. Disponível em: <<http://www.cdc.gov/niosh/topics/nanotech/nanotechnology-research-center.html>> Acesso em 15 nov. 2016.
- NORDMANN, Alfred. Responsible innovation, the art and craft of anticipation. IN: *Journal of Responsible Innovation*, 1:1, 87-98, 2014.
- OCDE. Physical-Chemical Properties Of Nanomaterials: Evaluation Of Methods Applied In The OECD-WPMN Testing Programme, fevereiro de 2016.
- PACHECO, Carlos. *Tecno: el impacto de la Revolución Tecnológica en la vida cotidiana*. Montevideo: Editorial Fin de Siglo, 2016.
- PESQUISADORES criticam projeto de regulamentação de nanotecnologia. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CIENCIA-E-TECNOLOGIA/491084-PESQUISADORES-CRITICAM-PROJETO-DE-REGULAMENTACAO-DE-NANOTECNOLOGIA.html>> Acesso em 15 nov. 2016.
- ROCO, Mihail C. *et al.* Innovative and Responsible Governance of Nanotechnology for Societal Development. In: *Nanotechnology research directions for societal needs in 2020 – retrospective and outlook*. ROCO, Mihail C.; HERSAM Mark C. and MIRKIN Chad A. (Ed.), Berlin and Boston: Springer, 2010.
- SCHOMBERG, R. A vision of responsible innovation. In: Owen, R., Heintz, M., and Bessant, J. (eds.). *Responsible Innovation*. London: John Wiley, 2013, p. 51-74.
- STILGOE, J., *et al.* Developing a framework for responsible innovation. *Research Policy*, 2013.
- SUBRAMANIAN, Vrishali; SEMENZIN, Elena; HRISTOZOV, Danail; ZABEO, Alex; MALSCH, Ineke; MCALEA, Eamonn; MURPHY, Finbarr; MULLINS, Martin; HARMELEN, Toon van; LIGTHART, Tom; LINKOV, Igor and MARCOMINI, Antonio. Sustainable nanotechnology decision support system: bridging

- risk management, sustainable innovation and risk governance. IN: *J Nanopart Res.* 18:89, 2016.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaios sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SUPIOT, Alain e DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Prendre la responsabilité au sérieux*. Paris: PUF, 2015.
- SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- TAVARES, Eder Torres e SCHRAMM, Fermin Roland. Princípio de precaução e nanotecnociências. IN: *Revista Bioética* (Impr.). 23 (2): 244-55, 2015.
- THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. Regulation (EC) No 1223 /2009 of the European Parliament and the Council of 30 November 2009 on Cosmetic Products. 2009. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:342:0059:0209:en:PDF>> Acesso em 15 nov. 2016.
- THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. European Parliament resolution of 11 June 2013 on a new agenda for European Consumer Policy. 2013. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0239+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>> Acesso em 15 nov. 2016a.
- VON HOHENDORFF, Raquel; COIMBRA, Rodrigo; ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias, os riscos e as interfaces com o direito à saúde do trabalhador. IN: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 151-172.
- WILSDON, James. From foresight to hindsight: the promise of history in responsible innovation. IN: *Journal of Responsible Innovation*, 1:1, 109-112, 2014.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: wengelmann@unisinisinos.br

REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

NORMAS TÉCNICAS

1. Apresentação dos originais inéditos

Envio para o correio eletrónico ines.braga@fd.unl.pt, em duas versões, uma com a identificação do autor e a outra não, ao cuidado da Secretária da ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, Dr^a Inês Braga. Programa elegível: *Winword*. Os textos em português devem ser entregues segundo as normas do Acordo Ortográfico de 1990.

Os textos devem ser inéditos e apresentar, no início, um título, um resumo e cinco palavras-chave, em português e em inglês. Os autores devem indicar a sua afiliação institucional, bem como o seu correio eletrónico.

A Direção aceita propostas de textos enviados pelos autores e compromete-se a uma resposta, quanto à sua aceitação, no prazo de 120 dias, não se responsabilizando pela devolução dos originais não solicitados.

A seleção dos textos entregues é feita mediante um sistema de *double blind peer review*, através da consulta de especialistas nas respetivas áreas temáticas, a designar pela Direção, e sem prévia identificação do autor. A publicação só será feita havendo parecer favorável nesse sentido, podendo o autor ser convidado a reformular o seu texto, segundo as orientações do correspondente parecer que o convida ao respetivo aperfeiçoamento.

2. Limites dos textos

Artigos: 100 000 caracteres (= 55 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Recensões: 7 500 caracteres (= 4 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Comentários: 15 000 caracteres (= 8 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

3. Citações bibliográficas

É obrigatória a observância das seguintes normas editoriais, no caso de citações:

Primeiras citações – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss.
- António José Telo, *História Contemporânea de Portugal – do 25 de Abril à atualidade*, I, Lisboa, Editorial Presença, 2007, pp. 11 e ss.
- Valério de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 25 e ss.

Citações seguintes – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, cit., pp. 155 e ss.

4. Tabela de preços de publicidade

A ReDiLP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 000 €.

Os pedidos devem ser dirigidos à Secretária da ReDiLP.

5. Normas de edição

É obrigatória a observância das normas editoriais da Revista, a que obedece o presente número e explicitam-se algumas dessas normas:

- fazem-se parágrafos nas notas;
- apenas se usa **negrito** nos títulos;
- o destaque é feito pelo itálico (e não pelo **negrito** ou sublinhado).
- toda a frase deve terminar por pontuação (ponto, reticências, exclamação, interrogação).

Exemplos de grafias aceites e de grafias rejeitadas, desde que, na língua portuguesa, seguindo já o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor:

ACEITE	NÃO ACEITE
“ ”	« »
”.	.”
não?	não ?
Diz ¹ .	diz ² .
” ³	4”
Diz ⁵ .	diz. ⁶
“Esta decisão”, diz Gouveia	“ <i>Esta decisão</i> ”, diz Gouveia
“poder”	“ poder ”

6. Revisão das provas

A revisão de provas será feita pela Redação, não podendo estes alterar os originais entregues. Só excecionalmente será feita pela Direção.

7. Direção da ReDiLP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa*

IDI LP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa:
 Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal
 Correio eletrónico do Presidente: presidente@idilp.net
 Correio eletrónico da Secretária: ines.braga@fd.unl.pt
 Sítio eletrónico: www.idilp.net

ReDiLP – REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Conselho Científico

Por ordem alfabética do primeiro nome

Angola: Prof. Doutor Carlos Feijó (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Mestre Carlos Teixeira (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof.^a Doutora Elisa Rangel (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Otávio Serra Van-Dunem (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Raúl Araújo (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto)

Brasil: Prof. Doutor Carlos Henrique Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutora Cláudia Gonçalves (Professora da Universidade Federal do Maranhão); Prof. Doutor Evaldo Xavier (Doutor em *Utrouque Iure* e Pós-Doutor pelo European University Institute de Florença); Prof. Doutor Fernando Horta Tavares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Fernando Menezes de Almeida (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo); Prof. Doutor Gustavo Nassif (Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof.^a Doutora Lídia Ribas (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul); Prof. Doutor Luís Roberto Barroso (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Prof. Doutor Marcelo Campos Galuppo (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Maurício Ferreira Cunha (Professor da Faculdade de Direito de Poços de Caldas); Prof.^a Doutora Zamira Assis (Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Cabo-Verde: Prof. Mestre José Pina Delgado (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde); Prof. Mestre Mário Silva (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde)

Guiné-Bissau: Prof. Doutor Emilio Kafft Kosta (Professor da Universidade Lusófona)

Macau: Prof. Doutor Jorge Godinho (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau); Dr. Paulo Cardinal (Assessor da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau); Prof. Doutor Gabriel Tong; Prof.^a Mestre Yi Wa Jiang (Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Moçambique: Prof. Doutor Armando Dimande (Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Doutor Benjamin Alfredo (Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique e da Faculdade de Economia da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Mestre Gildo Espada (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre Henriques José Henriques (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre João Nguenha (Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique)

Portugal: Prof.^a Doutora Ana Prata (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor António Manuel Hespanha (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Cláudia Trabuço (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Constança Urbano de Sousa (Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa); Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Fernando Alves Correia (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Jorge Duarte Pinheiro (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Prof. Doutor José Lebre de Freitas (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Nuno Piçarra (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Patrícia Jerónimo (Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho)

São Tomé e Príncipe: Dr. Silvestre Leite (juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional de São Tomé e Príncipe)

Timor-Leste: Dr. Bruno Lencastre (Advogado e Assessor do Vice-Primeiro-Ministro de Timor-Leste); Dr. Cláudio Ximenes (Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste); Dr. Rui Vaz (Advogado e Assessor do Parlamento Nacional de Timor-Leste)

NÚMERO ESPECIAL
I ENCONTRO IBEROAMERICANO DE
DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Álvaro dos Santos Maciel /
Aline Hamdan de Souza Vilas Boas

Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader /
Luciane Mara Correa Gomes

Douglas Predo Mateus /
Vivian Valverde Corominas

Gilberto Atencio Valladares

Guilherme Augusto Souza Godoy

Irene Portela

J. Eduardo Amorim

João Proença Xavier

Luciane Mara Correa Gomes /
Tauã Lima Verdan Rangel

Lucila Vilhena

Marcos Augusto Perez

Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro
Pacheco

Marina de Macêdo Carvalho /
Natália de Souza Lisboa

Maykel Ponçon

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño

Rubén Miranda Gonçalves

Rui Miguel Zeferino Ferreira

Thiago Santos Rocha

Tiago de Melo Cartaxo

Wilson Engelmann

