

# V SEMINÁRIO INTERNACIONAL

## HISPANO-LUSO-BRASILEIRO

### SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

**ORGANIZADORES:**

**ROGÉRIO GESTA LEAL,  
CARLOS AYMERICH CANO  
ALESSANDRA A. S. SILVEIRA**



**V SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO-BRASILEIRO  
SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**







Reitora

*Carmen Lúcia de Lima Helfer*

Vice-Reitor

*Rafael Frederico Henn*

Pró-Reitor de Graduação

*Elenor José Schneider*

Pró-Reitora de Pesquisa  
e Pós-Graduação

*Andréia Rosane de Moura Valim*

Pró-Reitor de Administração

*Dorivaldo Brites de Oliveira*

Pró-Reitor de Planejamento

e Desenvolvimento Institucional

*Marcelino Hoppe*

Pró-Reitor de Extensão  
e Relações Comunitárias

*Angelo Hoff*

EDITORA DA UNISC

Editora

*Helga Haas*

COMISSÃO EDITORIAL

*Helga Haas - Presidente*

*Andréia Rosane de Moura Valim*

*Carlos René Ayres*

*Cristiane Davina Redin Freitas*

*Hugo Thamir Rodrigues*

*Marcus Vinicius Castro Witzczak*

*Mozart Linhares da Silva*

*Rudimar Serpa de Abreu*



Avenida Independência, 2293  
Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462  
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS  
E-mail: [editora@unisc.br](mailto:editora@unisc.br) - [www.unisc.br/edunisc](http://www.unisc.br/edunisc)

Rogério Gesta Leal  
Carlos Aymerich Cano  
Alessandra A. S. Silveira  
(Organizadores)

**V SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO-BRASILEIRO  
SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**



Santa Cruz do Sul  
EDUNISC  
2019

© *Copyright*: dos autores  
1ª edição 2019

Direitos reservados desta edição:  
Universidade de Santa Cruz do Sul

Editoração: Clarice Agnes, Caroline Fagundes Pieczarka  
Capa: Denis Ricardo Puhl (Assessoria de Comunicação e Marketing da UNISC)

S471q Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas (5. : 2019 : Espanha : Portugal)

V Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Carlos Aymerich Cano, Alessandra A. S. Silveira (Organizadores). - 1.ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2019.

Dados eletrônicos. Texto eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: [www.unisc.br/edunisc](http://www.unisc.br/edunisc)

Inclui bibliografias.

ISBN: 978-85-7578-507-2

1. Direitos fundamentais - Congressos. 2. Política pública - Congressos.  
I. Leal, Rogério Gesta. II. Cano, Carlos Aymerich. III. Silveira, Alessandra A. S. IV. Título.

CDDdir: 341.27

Bibliotecária: Muriel Thurmer - CRB 10/1558



## SUMÁRIO

### APRESENTAÇÃO

Rogério Gesta Leal, Carlos Aymerich Cano, Alessandra A. S. Silveira.....9

### INVASÃO DE PRIVACIDADE E CRIME: CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO PENAL

Rogério Gesta Leal – UNISC.....13

### CIUDADANIA Y CONSTITUCIÓN

Jaime Rodríguez-Arana – CORUÑA.....30

### A DIMENSÃO JUSFUNDAMENTAL DO DIREITO À DESINDEXAÇÃO – DESLINDANDO AS FRAGILIDADES DE UM SUPOSTO “ESQUECIMENTO” ONLINE

Alessandra Silveira – UMINHO.....40

### TRABALHO INFANTIL INDÍGENA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DIVERSIDADE CULTURAL

André Viana Custódio, Higor Neves de Freitas – UNISC.....49

### RELACIONES PÚBLICAS E PRIVADAS: DIMENSIONES POLÍTICAS E JURÍDICAS

José Manuel Busto Lago – CORUÑA.....60

### CONSERVAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SETOR DAS COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS E MODALIDADES DE ACESSO PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (A PROPÓSITO DO ACÓRDÃO *MINISTERIO FISCAL* DO TJUE)

Alessandra Silveira, Pedro Miguel Freitas – UMINHO.....88

### REPRESENTAÇÃO SOCIAL NOS CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PARA INFÂNCIA NO BRASIL: A PARTICIPAÇÃO E VOZES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

Ismael Francisco de Souza – UNESC.....97

### A EXHUMACIÓN DO DITADOR FRANCO: TROCAR OS ANCEIOS EN REALIDADES. AS *IDEIAS* EN FEITOS

Ernesto Vázquez-Rey – CORUÑA.....106

### A TECNOLOGIA COMO FATOR DE PODER: ANÁLISE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Larissa A. Coelho – UMINHO.....125



<b>INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA ATRAVÉS DO INSTRUMENTO DA SOLIDARIEDADE PELA MATERIALIZAÇÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS</b>	
Jorge Renato dos Reis, Bárbara Michele Morais Kunde – UNISC.....	134
<b>LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA: LA SANCIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL</b>	
Eva María Souto García – CORUÑA.....	142
<b>PLATAFORMAS E “ECOSSITEMA” DIGITAIS: TÓPICA DE ALGUNS DESAFIOS JURÍDICOS</b>	
Pedro Madeira Froufe – UMINHO.....	155
<b>AS NOVAS PERSPECTIVAS DOS DIREITOS AUTORAIS VINDAS DA UNIÃO EUROPEIA</b>	
Luiz Gonzaga Silva Adolfo – UNISC.....	164
<b>CHALLENGING AUSTERITY BEFORE EUROPEAN COURTS</b>	
Carlos Aymerich Cano – CORUÑA.....	173
<b>O DIGITALISMO É UMA FORMA DE HUMANISMO – O CONTRIBUTO DA UNIÃO EUROPEIA NA FORMATAÇÃO DO HUMANISMO DIGITAL COMO PARADIGMA DE VIDA EM SOCIEDADE DO SÉCULO XXI</b>	
Sophie Perez Fernandes – UMINHO.....	187
<b>O CONTROLE EXTERNO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: O SISTEMA LICITACON COMO UMA FERRAMENTA VIABILIZADORA DO CONTROLE SOCIAL NA ESFERA LOCAL</b>	
Ricardo Hermany, Betieli da Rosa Sauzem Machado – UNISC.....	198
<b>EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA: CLAVES PARA SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL</b>	
Luiz María Puente Aba – CORUÑA.....	208
<b>DÍALOGO ENTRE CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE GRUPOS VULNERÁVEIS</b>	
Monia Clarissa Hennig Leal, Maria Valentina de Moraes – UNISC.....	221
<b>A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE INTERPRETAR E LEGISLAR: OS PERIGOS DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO PARA A JURISDIÇÃO BRASILEIRA</b>	
Caroline Muller Bitencourt, Janrie Rodrigues Reck – UNISC.....	230



**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DOS TRABALHADORES NAS SITUAÇÕES DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO**

Suzéte da Silva Reis – UNISC.....249

**CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA, POLÍTICA E DEMOCRACIA NAS SOCIEDADES EM REDE**

José Alcebiades de Oliveira Jr., Suellen Martins Pacheco – UFRGS.....259

**OS PERIGOS DO SUBJETIVISMO JUDICIAL – CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DE SEU CONTROLE. ESTUDO DE CASO**

Mauro Evely Vieira de Borba – UFRGS.....268

**O PLANEJAMENTO DO ENFRENTAMENTO DA EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS RODOVIAS BRASILEIRAS**

André Viana Custódio, Rafael Bueno da Rosa Moreira – UNISC.....283

**A VISIBILIDADE DO ESPAÇO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO**

Fernanda Schwertner – UNISC.....293

**A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS E SENSÍVEIS NAS RELAÇÕES LABORAIS: DIREITO FUNDAMENTAL DOS TRABALHADORES E ALCANCE DA RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NO TRATAMENTO DE DADOS**

Beatriz de Felipe Reis – UNESC.....303

**O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS HUMANOS A MINORIAS CONFRONTADO COM A AUSÊNCIA DE EDUCAÇÃO PARA A TOLERÂNCIA E A CONSEQUENTE CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE DISCRIMINATÓRIA**

Maria Victória Pasquoto de Freitas – UNISC.....316

**ALTERNATIVAS TEÓRICAS PARA A (RE)QUALIFICAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO ORÇAMENTÁRIO NO ÂMBITO MUNICIPAL**

Jonas Caron – UNISC.....326

**AS ÁREAS DE INFLUÊNCIA E O MEIO AMBIENTE URBANO SUSTENTÁVEL**

Flávio Barboza de Castro, Rogério Gesta Leal – UNISC.....338

**MORAL TRIBUTÁRIA DO CONTRIBUINTE BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE ASPECTOS PRÁTICOS E ESTRUTURANTES**

Vivian Paludo – UNISC.....349





**CONSIDERAÇÕES SOBRE A HOMOLOGAÇÃO DE TRANSAÇÕES  
EXTRAJUDICIAIS TRABALHISTAS**

Márcio Dutra da Costa – UNISC.....358

**O COMPARTILHAMENTO DAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS  
NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO  
INFANTIL NO BRASIL**

André Viana Custódio.....369

**O DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA: A OMISSÃO ESTATAL  
E FAMILIAR NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES  
NO BRASIL**

Ismael Francisco de Souza.....376



# APRESENTAÇÃO BRASILEIRA DO E-BOOK DO V SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO-BRASILEIRO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DIAS 19 A 23 DE MARÇO DE 2018

Nos dias 08 a 12 de abril de 2019, pela quinta vez consecutiva, pesquisadores dos programas de Doutorado e Mestrado das Universidades de Santa Cruz do Sul (RS, Brasil), Universidade do Minho (Portugal) e Universidade da Coruña (Espanha), em face dos convênios de dupla titulação e pesquisas que possuem entre sim, realizaram o V Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, organizado a partir das áreas de concentração e linhas de pesquisas que alimentam seus programas de pós-graduação.

Nestes dias foram debatidos temas envolvendo o ativismo judicial, a gestão pública contemporânea e seus desafios, os impactos que a realidade virtual trazem as políticas públicas e relações privadas e públicas, dentre outros.

Podemos perceber no evento deste ano que as múltiplas perspectivas teóricas e pragmáticas de poder e de governo que foram debatidas atrelam-se à figura do indivíduo/cidadão e às condições de possibilidades do seu desenvolvimento econômico e social, pois o papel do cidadão é o mais elevado a que um indivíduo pode aspirar no espaço público. O exercício do poder pelos cidadãos, *nos estritos termos da Lei*, e neste período histórico, é a única forma legítima pela qual a liberdade pode ser sustentada e efetivada – daí que ganha fôlego a função do Poder Judiciário também.<sup>1</sup>

E por que isto é assim? Porque este sistema normativo opera com a premissa epistemológica de que uma norma só se afigura como válida quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de discursos práticos, a acordos quanto à sua validade. Isto ocorre porque o poder político moderno não pode mais se legitimar através do direito legítimo a partir de si mesmo, isto é, o conceito de autonomia política abre perspectiva nova ao esclarecer por que a produção do direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos – físicas e virtuais.<sup>2</sup>

---

1 Como lembra BOBBIO, Norberto. **Origen y fundamentos del poder politico**. México: Grijalbo, 1998, p. 22: *La teoría política no puede dejar de tomar en consideración primeramente el nulo poder, independientemente de los llamados principios de legitimidad, es decir, de las razones que lo transforman en un poder legítimo, así como la teoría jurídica no puede dejar de tomar en consideración el sistema normativo en su conjunto, como una serie de normas una a otra vinculadas según un cierto principio de orden, independientemente del aparato de la fuerza predispuesto para su actuación.*

2 Neste sentido ver o texto de HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 86.



Assim, o exercício direto do poder de decisão por parte dos cidadãos não é incompatível com o exercício indireto através de representantes eleitos da Democracia Representativa – mais o Judiciário -, pois, desde a perspectiva (racional-legal) Weberiana, que define o Estado como o detentor do monopólio da força física legítima, tão-somente a força física não é suficiente para justificar o Estado em face da sociedade, mas impõe-se que esta força esteja acompanhada de razões de exercício que façam da obediência dos destinatários do poder não simples acatamento externo, mas aceitação de caráter interno e intelectual. Em outras palavras,

*solamente se puede hablar de poder legitimo cuando los gobernados por su mismo deseo asumen el contenido del mandato como máximo de su acción, se debe deducir que cuando se presente una situación en la que el ciudadano obedece al mandato de quien detenta el poder sólo en virtud de la legalidad formal de las prescripciones, la legitimidad de este poder se resuelve completamente en la legalidad de su ejercicio.*<sup>3</sup>

E, quando se fala em formas de exercício da soberania ou do poder soberano que pressupõe a participação efetiva do indivíduo no processo de decisão política dos temas que lhe dizem respeito – e as políticas públicas que decorrem daí -, percebe-se que a esfera política e individual está imersa em outra mais ampla, que é a da sociedade como um todo, e que inexistente decisão política que não esteja condicionada (ou inclusive determinada), por aquilo que acontece na sociedade.<sup>4</sup>

Aqui, talvez tenha mais relevo a noção de poder político referida por Hanna Arendt, ao asseverar que ele não se revela como mero potencial à imposição de interesses próprios ou à realização de fins coletivos, nem poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias coletivamente, mas se apresenta como *authorizing force* (força autorizadora) da soberania popular que cria direito legítimo e funda suas instituições, vinculando-as às razões que o fizeram exsurgir.<sup>5</sup>

3 WEBER, Max. **Estado y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 329. Lembremos que para o autor alemão há três tipos de poder: o primeiro, chamado de tradicional, é justificado pela virtude que se empresta a sua conformidade aos costumes, cuja antiguidade confere crédito à autoridade; o segundo é o poder carismático, cuja autoridade é fundada na graça pessoal extraordinária de um indivíduo chefe de guerra, soberano referendado, grande demagogo, chefe de um partido político; o terceiro impõe-se em virtude da legalidade/racionalidade, ou seja, da crença na validade de um estatuto e de uma competência fundada em regras estabelecidas racionalmente: é o poder que exerce o servidor do Estado moderno. Para Weber esses três poderes podem, eventualmente, combinar-se em graus diversos.

4 Nesse sentido ver o texto de SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

5 ARENDT, Hanna. **On Revolution**. Op. cit., p.112. A autora, por estas razões, diferencia poder de violência, pois o poder legítimo (e o direito e as instituições políticas legítimas) está umbilicalmente dependente e ligado às formas de comunicação política não deformadas e includentes de todos os interlocutores alcançados pelas deliberações que decorrem de sua natureza. Assim é que tanto a utilização como a aquisição e posterior manutenção do poder político dependem – em termos



Vale lembrar que o modelo da democracia representativa ocidental, fundada na representação social – institucional ou não –, não se reduz à dimensão simbólica, mas só existe no simbólico, pois é legitimada por significações que encarnam sentidos reconhecidos pelas comunidades/ indivíduos representados, principalmente a crença de que os mandatários serão fiéis às demandas dos mandantes.<sup>6</sup> Neste aspecto, novamente Bobbio é esclarecedor: *Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.*<sup>7</sup>

Por outro lado, como nos lembra Habermas, desde o modelo mais liberal do Estado de Direito, constatamos que a soberania popular não se encontra mais encarnada no conjunto de cidadãos reunidos em assembleias de forma autônoma e perfeitamente identificáveis, mas ela migra para outros espaços, inclusive e nomeadamente virtuais, verdadeiros círculos de comunicação de instituições e corporações, *locus* em que os sujeitos estão despersonalizados (sem faces e corpos definidos).<sup>8</sup>

Estes próprios pressupostos, aliás, não se encontram dados de forma exaustiva ou enclausurada pelo senso comum teórico e prático dos juristas ou da jurisprudência de plantão do *status quo* hegemônico, como quer Warat,<sup>9</sup> mas são fruto, de um lado, da tensional e conflitante arena do político, expostos, pois, às intempéries e aos performáticos enfrentamentos de interesses e projetos de vida dissonantes entre si; de outro lado, estão densificados de maneira mais geral pelos direitos humanos e fundamentais conquistados a duras penas pela e na história ocidental a partir da modernidade.

Aliás, no Brasil, há ainda séria tendência, notadamente administrativa, do Poder Público tradicional em resistir à politização do chamado Estado de Direito, concebendo, de forma negativa, a Lei como instrumento político, meio para a realização de política governamental, motivo por que não se legitima por conteúdo de justiça, e sim por ser expressão da vontade do povo ou do governo (na sua acepção representativa). Assim, a politização das leis fere, não raro, a racionalidade do Direito, que gera leis irracionais.<sup>10</sup>

de legitimidade - da formação e da renovação comunicativa desse poder.

6 Neste sentido MACPHERSON, C. B. **La Democracia Liberal y su época**. Madrid: Alianza Editorial, 1991. p. 135.

7 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 165.

8 HABERMAS, Jürgen. **Faticidade e validade**. Op. cit., p. 174.

9 WARAT, Luis Alberto. Senso Comum Teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

10 De certa forma esta tem sido, majoritária e historicamente, a experiência da Administração Pública Federal do país. Ver o trabalho de MARTINS JR., Wallace Paiva. **Transparência administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2004.



Por tudo o que dissemos, pois, a Administração Pública brasileira, e suas políticas públicas conformadas constitucionalmente, devem ser pensadas e constituídas a partir de suas particularidades sociais, culturais e econômicas, evidenciadoras (principalmente no Brasil) de profundos *déficits* de inclusão social e participação política, razão pela qual, no âmbito de sua constituição e funcionamento, implica levar em conta que:

*No sistema da administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo. Por esta razão, o direito não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração. Ele forma simultaneamente o médium para a transformação do poder comunicativo em administrativo. Por isso, é possível desenvolver a ideia do Estado de direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado.*<sup>11</sup>

Mas de que poder estamos falando. É Lefort que nos lembra o fato de que o poder não pode reduzir-se à dominação, à potência, ao comando ou à autoridade, não é porém sem razão que reconhecemos nele o signo seja da capacidade de decidir questões públicas, seja da de dispor dos meios de coerção, seja da de comandar, seja da de encarnar ou de representar alguma potência acima dos homens, ou então dela participar, seja da de possuir um *know-how* que escape à inteligência comum.<sup>12</sup>

Dai a importância dos textos que agora chegam ao leitor, interconectados por sinergias que os programas de pós-graduação do Brasil, Espanha e Portugal têm constituído nestes últimos cinco anos consecutivos.

Uma boa leitura a todos.

PROFESSOR TITULAR DOUTOR ROGÉRIO GESTA LEAL  
COORDENADOR DO EVENTO PELA UNISC - BRASIL

PROFESSOR DOUTOR CARLOS AYMERICH CANO  
COORDENADOR DO EVENTO PELA UNIVERSIDADE DA CORUÑA - ESPANHA

PROFESSORA DOUTORA ALESSANDRA SILVEIRA  
COORDENADORA DO EVENTO PELA UNIVERSIDADE DE MINHO - PORTUGAL

11 HABERMAS, Jürgen. **Faticidade e Validade**. Op. cit., p. 215.

12 LEFORT, Claude. As encarnações do Poder. **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, edição de 18/06/2000. Caderno Mais, p. 03.





# INVASÃO DE PRIVACIDADE E CRIME: CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO PENAL

Rogério Gesta Leal<sup>1</sup>

## 1 Notas Introdutórias

A relação entre direito fundamental de intimidade e privacidade e exposição destes patrimônios no universo virtual tem ampliado os debates sobre os efeitos jurídicos que podem decorrer, em especial, de invasões não autorizadas daqueles campos.

O Direito Penal - e mesmo o processual penal – ainda tem muito o que evoluir, nomeadamente no Brasil, sobre tais problemas e, para abordar de forma exemplificativa isto, *pretendemos* nos valer da metodologia dedutiva, partindo da problematização crítica de alguns postulados que informam o Direito Penal e Processual Penal contemporâneo na Sociedade de Riscos que vivemos, e suas relações com a proteção de dados pessoais, notadamente na realidade virtual.

## 2 É o Direito Fundamental Individual à Intimidade e Privacidade absoluto?

Sobre o direito à intimidade lembremos da lição de Robert Alexy ao mencionar, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, a *Teoria das Esferas*, pela qual é possível separar três esferas com decrescente intensidade de proteção, quais sejam: a esfera mais interna (âmbito último intangível da liberdade humana), caracterizando-se por ser o núcleo mais íntimo e, conforme interpretação do Tribunal Constitucional alemão, o **núcleo absolutamente protegido** da organização da vida privada, compreendendo os assuntos mais secretos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à sua natureza extremamente reservada; a **esfera privada ampla**, que abarca o âmbito privado na medida em que não pertença à esfera mais interna, incluindo assuntos que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o resto da comunidade; e a **esfera social**, que engloba tudo o que não for incluído na esfera privada ampla.<sup>2</sup>

1 Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e FMP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2010. p.119.



Com o objetivo de encontrarmos esse âmbito mais íntimo e interno do indivíduo, bastaria indagar se existe comportamento de pessoa que, em nenhum aspecto, refira-se ou afete a esfera de outras, ou os interesses da vida em comunidade. Assim, determinadas situações e formas de comportamento do indivíduo conduziram a prioridade absoluta do *princípio da liberdade negativa*, conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa, frente a quaisquer princípios opostos concebíveis. Entretanto, vale lembrar que **não há direito absoluto**, mas ainda que assim consideremos, não resta afastado o nível mais interno da personalidade do indivíduo a ser assegurado por regras ou princípios.

Relevante também ressaltar a lição de Edilson Pereira Farias, no sentido de que a intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o **princípio da exclusividade**. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: a solidão (o desejo de estar só), o segredo (a exigência de sigilo), e a autonomia (a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações).<sup>3</sup>

No espaço público, todavia, quando o agente público (servidor público ou aquele que, de alguma forma, interage com o serviço público) pratica atos inerentes a seu cargo ou função, ele se rende à exposição de sua privacidade e intimidade, tendo em vista a relevância de seus atos perante a sociedade. Dessa forma, é de se constatar que o direito à privacidade oferece maior proteção aos cidadãos comuns do que aos homens públicos ou pessoas célebres. No entanto, há que se registrar, as pessoas públicas não sofrem supressão de sua intimidade, mas mera limitação, notadamente naquelas situações em que estão gerindo interesses públicos indisponíveis e atuando em seus ofícios.

É o que expõe Humberto Nogueira Alcalá, no sentido de que o alcance do *direito à liberdade de informação* implica que as pessoas de relevância pública, especialmente as autoridades públicas (governo, administração, legisladores, juizes), que detêm a faculdade de decidir os destinos da sociedade, têm dimensões da vida privada mais reduzidas que as pessoas que não são figuras públicas, podendo informar-se dos atos da vida pessoal que dizem respeito ou que têm implicações diretas com o cumprimento das obrigações públicas, mas não a respeito dos aspectos da intimidade que não são necessários nem estão vinculados com as exigências

3 Ver SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à Intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 02. Ver também o texto de GENTOT, Michel. **Access for Information and Protection of Personal Data**. In Commission Nationale de l'Informatique ET des Libertés. <http://www.pcpd.org.hk/english/infocentre/files/gentot-paper.doc>, p.12, acessado em 02/03/2012.



de informação de caráter relevante ou de interesse público. <sup>4</sup> Assim, nos casos em que a informação não seja de relevância pública, prevalece o direito à privacidade e intimidade da pessoa.

Portanto, a relevância pública da informação, da livre expressão, será o único argumento legítimo para a publicação de fatos e atos que afetem a privacidade de determinado indivíduo, e ainda na medida do necessário para que se cumpra outro princípio informativo da Administração Pública que é a transparência de seus atos.

Por conta disto, os meios de comunicação social devem avaliar se os feitos a informar que afetam a privacidade são ou não de relevância pública; se não o são, o silêncio é a conduta constitucionalmente exigida. Até porque, após a publicação de fatos que não sejam de relevância pública, eventualmente denegrando e afetando a vida privada e intimidade do indivíduo, pode causar dano irreversível e irreparável. Posteriormente à violação do direito, qualquer palavra que se tente emitir com sentido de escusa não ajudará a eliminar a lesão à privacidade e intimidade já consumada. Afinal, as palavras depois de proferidas não voltam atrás.

José de Oliveira Ascensão, privatista clássico do Direito Internacional, por sua vez, ensina que o direito a individualidade, inerente à classificação do direito de personalidade, pode ser dividido, segundo Hubmann, em três esferas: (i) a individual, (ii) a privada, e (iii) a secreta.<sup>5</sup> Diz Oliveira Ascensão que a **esfera individual** protege o homem em relação à sociedade, quanto a sua identificação pessoal e sua imagem, e ainda quanto ao valor da honra. A **esfera privada**, por outro lado, concentra-se na privacidade, como defesa da autonomia necessária à pessoa para que não seja absorvida pela comunidade. Por último, a **esfera secreta** corresponde aos aspectos de reserva absoluta, inerente ao conhecimento e consciência de cada indivíduo, sendo por isso mais densa, todavia, sequer este direito não pode se tornar um super-direito.

Bem, em se tratando, pois, de Direito Fundamental Individual, a privacidade e a intimidade efetivamente merecem guarida jurídica e jurisdicional intensa, observados os ditames constitucionais e infraconstitucionais.

Em termos de Europa, a normativa sobre privacidade e proteção de dados pessoais, a *General Data Protection Regulation* (GDPR), que substituiu a Diretiva 95/46/CE, completando em maio de 2019 um ano de eficácia, institui novos princípios, padrões e regras para o tratamento de dados pessoais, justamente por conta dos exageros e violações de direito provocados no âmbito das redes sociais,

4 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Derechos fundamentales y garantías constitucionales**. Santiago de Chile: Librotecna, 2013. p.113. Na mesma direção o texto de PROSPERI, Massimo. **La tutela dell'immagine**. Roma: Giappichelli Editore, 2010.

5 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 97. vol. I. Ver também o texto de BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. **Direito à própria imagem. Aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989.



da utilização comercial ilícita de *Big Data* em diversos setores da economia, e do marketing comportamental muitas vezes violador dos direitos do consumidor.<sup>6</sup>

Em artigo interessante, Ana Carolina Moreira César, Fábio Lara Aspis e Luis Fernando Prado Chaves, informam que:

*A autoridade austríaca de proteção de dados foi a primeira a aplicar uma multa relacionada a descumprimento da GDPR, enquanto a CNIL, autoridade francesa, registrou 310 investigações em 2018 relacionadas ao novo regulamento europeu de proteção de dados. Na maioria dos casos, o resultado foi o aprimoramento do compliance nas entidades investigadas. Os setores mais afetados pela fiscalização foram as seguradoras e empresas especializadas em marketing direcionado por meio de aplicativos.*

*Por sua vez, a ICO, autoridade britânica, informou ter recebido cerca de 39.825 notificações entre maio de 2018 e abril deste ano a respeito de possíveis violações à GDPR. Os três principais assuntos levantados pelos titulares de dados pessoais foram: acesso a dados pessoais, divulgação de dados pessoais e a restrição ao processamento de dados. A entidade teve uma grande atuação na conscientização a respeito da GDPR pela publicação de diversos guidelines a respeito do tema.*

*Ainda, quase que instantaneamente após a entrada em vigor do regulamento, a Data Protection Commission, autoridade referência na Europa, iniciou investigações com foco na vigilância pelo poder público de titulares de dados pessoais, tais como pela utilização de drones, câmeras e outras tecnologias.<sup>7</sup>*

Por outro lado, cumpre aferir como o sistema jurídico brasileiro trata – em nível constitucional e infraconstitucional – deste Direito.

### 3 Marcos Normativos Brasileiros à Proteção de Dados – um Longo Caminho a Percorrer

A Constituição Federal do Brasil, em seu art.5º, X, estabelece como princípio fundamental da República que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra

6 Ver o texto completo no site: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr-1-0.pdf>, acesso em 03/07/2019.

7 CÉSAR, Ana Carolina Moreira; ASPIS, Fábio Lara e CHAVES, Luis Fernando Prado Chaves. **Um ano: o que podemos aprender com os erros e acertos da Europa.** In <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/opiniao-podemos-aprender-europa-ano-gdpr>, acesso em 03/07/2019. Ver também o texto SALVADOR, Virginia Puldain. El futuro marco legal para la protección del acceso a los datos. In **Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros**, v. 47, 119-135 (2017). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris47.fmlp>, acesso em 03/07/2019.



e a imagem das pessoas, *assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. A reforçar tal disposição, o Plenário do Senado Brasileiro, em 02/07/2019, com 62 (sessenta e dois) votos favoráveis, aprovou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº17/2019, que inclui a proteção de dados pessoais, inclusive os disponíveis em meios digitais, na lista das garantias individuais da Constituição Federal.<sup>8</sup>

A despeito disto, tem-se que ter em conta aqui a necessária leitura sistemática do ordenamento jurídico pátrio no ponto.<sup>9</sup> E por que isto? Porque o texto constitucional igualmente prevê, em seu art.5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle judicial; no art.102, I, a, II, a e b, III, a, b e c, e art.103, §2, o princípio da constitucionalidade dos atos estatais ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da ordem constitucional e seus remédios/instrumentos protetivos.

Então podemos afirmar, com Chequer, que a honra não pode configurar obstáculo impeditivo de acesso à informação, por exemplo, em face de investigações sobre cometimento de violações de direitos, eis que, nesses casos, *o dano à honra da pessoa atingida pela matéria informativa ou pela expressão veiculada não se origina da veiculação da notícia, mas sim da própria conduta daquele que foi investigado, acionado em juízo ou preso*.<sup>10</sup>

Vai na mesma direção o trabalho de Paulo José da Costa Jr., ao dizer que:

*Não pode o princípio la vie privée doi être murée ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O homem, enquanto individuo que integra a coletividade, precisa aceitar delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas*

8 Para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais esta PEC dá nova redação ao artigo 5º, da Constituição Federal, acrescentando ao dispositivo o inciso XII-A, que diz: *é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais*. A partir de agora o texto, após acordo e votação em dois turnos, seguirá para a Câmara dos Deputados.

9 A partir de CANARIS, Wilhelm Canaris. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 83, a ideia de sistema se sustenta em razão de alguns pressupostos: (1) necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática; (2) da identificação das instituições com sistemas de ações e de interações, o do próprio direito como um sistema de comunicações; (3) o do apoio sociológico da estruturação jurídica; (4) o do tipo do pensamento dos juristas.

10 CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como Direito Fundamental preferencial prima facie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 68. Lembra o autor que a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou o Estado Austríaco pelo fato de que um Tribunal doméstico seu condenara jornalista por críticas duras feitas ao então chanceler da Áustria, Bruno Kreisky, por ter ele sido benevolente para com os nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, violando, assim, o direito fundamental à expressão e informação.





*necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.*

*Hipóteses se configuram em que o interesse do individuo é superado pelo interesse publico, justificando-se o sacrifício da intimidade.*<sup>11</sup>

Por mais que a norma constitucional – e o sistema jurídico como um todo - estabeleçam catálogos de direitos e garantias constitucionais referidas como autoaplicáveis, e disto não se tem dúvidas, o fenômeno de efetivação concretizante destes sempre contará com graus/medidas passíveis de mensuração, e estas, definitivamente, não estão dadas pela Carta Política, demandando do intérprete/aplicador atribuição de sentido racional e material às suas reivindicações, caso por caso (que inclusive pode tratar de interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo), levando em conta o universo de variáveis que convergem a ele.

Por sua vez, o Novo Código Civil brasileiro, em seu Livro I, Título I, Capítulo II, art.11 e seguintes, regulamentou ainda mais o tema sob comento, destacando, dentre outras coisas: (a) que toda a pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome (art.16); (b) que, salvo se autorizadas, *ou se necessárias à administração da justiça* ou manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais (art.20); (c) ao fato de que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (art.21).

Em outras palavras, há determinadas qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, dentre elas, o respeito dos concidadãos (honra subjetiva e objetiva), o bom nome, a imagem e a reputação, e por tal razão devem ser observados.<sup>12</sup> Perez Luno lembra neste particular que se tratavam destas questões como o direito das pessoas à fama e reputação, bem como direito à tranquilidade do espírito e à solidão.<sup>13</sup>

O direito de privacidade, entretanto, não se confunde com o de intimidade, representando este o núcleo mais reservado e indevassável da vida de determinada pessoa, em nada interessando à opinião pública o que faz ou deixa de fazer, pensar, sentir, fruir, etc., desde que não interferindo de forma invasiva na vida de outras

11 COSTA Jr., Paulo José da. O Direito de Estar só – tutela penal da intimidade. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007, p. 51.

12 CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. **A defesa da honra e o direito à informação**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002. p. 94.

13 LUÑO, Antonio Henrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos Ltda, 1999. p. 335.



peçoas, e que não represente risco/perigo, atual ou iminente, à ordem jurídica e segurança pública.<sup>14</sup>

A nova legislação sobre proteção de dados no Brasil, Lei nº13.709/2018, que versa sobre o tratamento de dados pessoais, **inclusive nos meios digitais**, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, avançou mais um pouco nos níveis de proteção destes bens sobre os quais estamos tratando, atribuindo várias responsabilidades aos gestores e usuários de dados que dão maior segurança as pessoas físicas e jurídicas no país.

Todavia, em seu art.4º, inciso III, a mesma norma, ao não submeter determinadas situações a Lei, autorizou o acesso a dados para os fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, evidenciando a preocupação acertada com o enfrentamento da criminalidade que, muitas vezes, se oculta em situações de aparente legalidade ou através de estratégias complexas e sofisticadas como a lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e evasão de divisas.

Registre-se que o tratamento de dados pessoais previsto neste inciso III será regido por legislação específica, *que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.*<sup>15</sup> Por certo que aqui já temos outros desafios que é o de densificar materialmente – e no caso concreto – os níveis e possibilidades das *medidas proporcionais e estritamente necessárias* ao escopo da norma, matéria a ser aferida pelo devido processo legal e decisão judicial.

#### **4 A violação do direito a privacidade pela via eletrônica como crime e os conteúdos obtidos a partir daí como elementos de prova penal: limites**

Assim como na realidade física, também no mundo virtual tem surgido inéditas formas de lesões a interesses privados e públicos, desde o terrorismo, a pedofilia, o bullyng, piratarias, racismos, xenofobias, furtos, dentre outros. Isto tem se alastrado tanto que os órgãos de segurança pública e privada em todo o mundo têm desenvolvido estratégias e treinamento para o seu enfrentamento, a despeito de que

14 No Brasil ver os textos já clássicos de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Direito de Personalidade. Direito de Família. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955; GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000; FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

15 Art.4º, parágrafo primeiro.



a legislação no ponto ainda seja deficitária.<sup>16</sup>

Sem sombra de dúvidas que os criminosos *on line* são de todos os tipos, e podem minar a segurança de nações inteiras, como é o caso do terrorismo, o tráfico de armas, pessoas e órgãos, além do que o comércio eletrônico tem igualmente provocado danos individuais e coletivos, drenando recursos financeiros de consumidores menos avisados e atentos; a própria representação política e as eleições são atingidas<sup>17</sup> – direta ou indiretamente – por comportamentos virtuais de duvidosa licitude.

A partir da WEB pessoas aliciam crianças, arregimentam fundamentalistas religiosos, racistas, fomentam o preconceito étnico e de gênero, divulgam propagandas de ódio e violência, alimentam os extremismos políticos e ideológicos, compram e vendem o que pudermos imaginar, roubam dados de pessoas físicas e jurídicas, e os utilizam no mercado virtual. Ainda se opera, a partir da rede virtual de relações, o que os especialistas chamam de desinformação, ora entendida como difusão de informações falsas e distorcidas que, transitando de um lado a outro, é capaz de condicionar a opinião pública.

Ou seja, o espaço virtual é privilegiado para o cometimento de crimes, pois o controle, visibilidade e transparência das ações que ali ocorrem são baixíssimas, podendo os delinquentes terem tempo maior para o planejamento e execução das suas artimanhas. Neste ponto, a investigação destes crimes, por operar com a lógica e praxis dos delitos físicos e tradicionais, por vezes, não tem instrumentos adequados; por vezes é engessada por procedimentos restringidos por Direitos Fundamentais Individuais (privacidade, intimidade, propriedade privada).<sup>18</sup>

Desde o acesso não autorizado a sistemas de dados através do chamado *hackeamento* (que diz respeito ao acesso a sistemas privados, contornando medidas de segurança fornecidas no sistema que é violado); o chamado *superzapping* (que configura o uso não autorizado de utilitários que permitem o acesso a qualquer lugar

16 Informações que estão disponíveis no site do FBI norteamericano sobre estes temas, identificando quem são as pessoas que costumam estar por trás de ações neste campo: *Who is behind such attacks? It runs the gamut—from computer geeks looking for bragging rights...to businesses trying to gain an upper hand in the marketplace by hacking competitor websites, from rings of criminals wanting to steal your personal information and sell it on black markets...to spies and terrorists looking to rob our nation of vital information or launch cyber strikes.* In <https://www.fbi.gov/investigate/cyber>, acesso em 21/11/2017.

17 Ver o instigante texto de Eric Lipton, David E. Sanger e Scot Shanedec, intitulado **The Perfect Weapon: How Russian Cyberpower Invaded the U.S.**, publicado no The New York Times, edição de 13/12/2016, disponível em <https://www.nytimes.com/2016/12/13/us/politics/russia-hack-election-dnc.html>, acesso em 21/11/2017.

18 Ver o texto de COSATBILE Gerardo. **Scena criminis, documento informatico e formazione della prova penale.** In Cibernazio e Diritto, disponível no site <http://www.altalex.com/documents/news/2005/04/27/scena-criminis-documento-informatico-e-formazione-della-prova-penale>, acesso em 21/11/2017. Lembra o autor que a internet representa uma zona franca porque tem condições de oferecer suficientes garantias de segurança e anonimato, assim como apresenta dificuldades de ser alcançada por normas reguladoras eficientes.



virtual, por mais protegido que seja, viabilizando que se apague, copie, insira ou use os dados armazenados nele); o *scavengning* (que consiste na coleta de informações residuais, físicas, manuais, diagramas, notas de programação, ou lógicas, residuais, arquivos temporários, para conhecer as formas de acessar o sistema); o *salemislacing* (que é a retirada diária de pequenas quantias em milhares de contas), dentre outros,<sup>19</sup> vivemos em tempos de profunda insegurança em nossas relações sociais e institucionais.

No mundo virtual inexitem fronteiras, e isto constitui característica muito atraente para quase todas as atividades criminais. Quando as autoridades tentam controlá-lo encontram muitas dificuldades, a começar pelo fato de que a internet costuma ofertar facilidades e estímulos para a consecução de muitos comportamentos potencial ou efetivamente criminosos, como o anonimato, que fornece instrumentos ideais para atividades próprias da criminalidade organizada. Ou seja, o segredo da autoria virtual – quando ocorre – revela-se como chave estratégica e oportunidade excelente à realização de atos delinquentes, ou dissimulados, utilizando-se de formas jurídicas aparentemente lícitas (principalmente empresas de fachada que só existem para a prática de crimes).

Por outro lado, para complicar mais estes cenários, temos alguns outros níveis de circulação de dados virtuais complexos e de difícil investigação, como os chamados *deep web* e *dark web*; o primeiro, identificado como a parte da rede cujo conteúdo não está disponível ou indexado nos principais mecanismos de pesquisa (google, bing, yahoo). Ela é formada por milhões de páginas, com dimensão inimaginável e com crescimento similar ao da Internet Visível. Já a *dark web* refere-se as páginas não indexadas, que não seguem as regras do ICANN e não possuem nomes registrados no serviço de DNS. *Essas páginas só podem ser acessadas com softwares específicos para navegação em ambientes criptografados e anônimos, como TOR, Invisible Internet Project (i2p) e FreeNet.*<sup>20</sup>

A despeito disto e o progressivo agravamento de recorrências em tais casos, há ainda vazios normativos muito impactantes para estes temas, seja pelo seu ineditismo e a consequente dificuldade de trata-lo adequadamente, seja pela ausência de

19 Como a transferência eletrônica de fundos, destruição ou inutilização de arquivos, modificação de programas, dados ou documentos eletrônicos, apreensão de arquivos ou programas ou descoberta de segredos industriais ou comerciais.

20 SHIMABUKURO, Adriana; ABREU E SILVA, Melissa Garcia Blagitz de. Internet, Deep Web e Dark Web. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. (org.). **Crimes Cibernéticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 255-256. Informam as autoras que: *Franco (2013) afirma que os buscadores comuns conseguem indexar apenas 4% do conteúdo postado na internet. O restante, 96%, forma a Deep Web.....Conforme estudo da TRENDMICRO grande parte das páginas da Dark Web é redigida em inglês ou russo (47%) e é voltada para a venda de drogas ilícitas e divulgação de pornografia infantil. Entretanto, há também publicidade de outros “serviços”, como assassinatos de aluguel, lavagem de dinheiro, e venda de documentos faltos e de todo o tipo de aparato para invasão de redes ou computadores.*



interesse político de alguns setores que teriam condições de fazê-lo, o que somente amplia a impunidade de comportamentos ilícitos decorrentes.<sup>21</sup> Por outro lado, é possível que algumas instituições, públicas e privadas, adotem condutas permissivas para atrair o comércio ilícito virtual, criando zonas francas de segurança e impunidade para os infratores, em troca de benefícios diretos e indiretos dos frutos rentáveis gerados.<sup>22</sup>

O problema é que temos de diferenciar algumas questões nestes temas de crimes informáticos, os quais envolvem a diferença entre os fatos em que o sistema de informática ou de seus elementos são o objeto material do crime e aqueles em que eles são o instrumento disso.

No primeiro caso, os crimes contra sistemas informáticos (ou contra elementos de natureza informática) podem se relacionar a ilícitos patrimoniais em relação a qualquer um dos seus componentes (software e hardware), e podem também se relacionar aos bens que servem de acesso e veiculação dos elementos recém referidos, como terminais de comunicação, dados, informações, documentos eletrônicos, os quais envolvem segredos empresariais, obras literárias ou artísticas, dados com eventual valor probatório coletados em arquivos de computador, etc.. Em qualquer caso, é preciso diferenciar entre crimes contra elementos físicos, que na verdade não colocam problemas significativos, e aqueles que afetam elementos lógicos, cuja natureza levanta questões concretas e muito interessantes.<sup>23</sup>

No segundo grupo, por outro lado, são incluídos **crimes que são realizados através do sistema de informática**, ou que utilizam elementos de natureza

21 Daí porque o Superior Tribunal de Justiça, no Brasil, firmou o entendimento, em sua Terceira Turma e no REsp 1.785.092, de ser responsabilidade dos provedores de acesso à internet manterem dados cadastrais de seus usuários mesmo antes do Marco Civil da Internet, de 2014, e manteve decisão que condenou um provedor a fornecer informações sobre usuário que, em 2009, invadiu o e-mail de uma pessoa e enviou mensagens ofensivas aos destinatários. Na dicção do STJ, as prestadoras de serviços de internet estão sujeitas ao dever legal de registro de suas atividades durante o prazo prescricional de eventual ação de reparação civil, conforme previsto pelo artigo 1.194, do Código Civil de 2002, e que os dados armazenados pelos provedores devem ser suficientes para a identificação do usuário.

22 Por todas estas razões é que a Convenção de Budapeste – da qual, aliás, o Brasil não é signatário -, previu a necessidade de regulamentação da responsabilidade penal dos provedores por crimes praticados no meio ambiente digital, em especial em seu art.12. Providência absolutamente necessária em face dos riscos e perigos causados pela atuação livre de provedores de fachada para ocultar ações criminosas das mais diversas espécies. Ver o texto de ROSA, Fabrício. **Crimes de Informática**. Campinas: Bookseller, 2002.

23 Só para lembrarmos, a parte física dos equipamentos de informática computador está em conformidade com os elementos mecânicos ou eletrônicos necessários para o seu funcionamento, enquanto que a parte lógica integra os elementos de software, como os arquivos nos quais as informações fornecidas ao computador ou os dados obtidos com os aplicativos específicos são armazenados. Os manuais ou livros de usuário nos quais os programas e aplicativos são explicados também aparecem referenciados aos elementos lógicos. Sua natureza corporal, no entanto, determina que, para fins criminosos, eles devem ser considerados elementos físicos e não lógicos.





computacional, que aparecem como o instrumento utilizado para realizar o crime. Estão incluídos aqui como objeto de ataque *elementos patrimoniais* (dinheiro, em caso de transferências eletrônicas de fundos, ou o uso de cartões de crédito, por exemplo) e *sistemas informatizados* (introdução de vírus, o acesso ilícito em computadores e redes, etc.).

Os delitos contra sistemas informáticos que afetam seus elementos físicos não oferecem particularidades mais destacadas, pois se assemelham a comportamentos que se dirigem contra outros objetos e se relacionam a furtos, roubos, apropriação indébita, fraudes diversas, o mesmo acontecendo com os programas contidos nos suportes de armazenamento massivo quando é sobre o objeto físico no qual se encontram gravados que se dá o cometimento do crime.

Outra é a situação dos comportamentos relacionados com os elementos lógicos do sistema; quando as condutas criminosas afetam exclusivamente os programas, sem incidência sobre os seus elementos físicos. Em regra, em tais situações, os crimes ocorrem mediante procedimentos informáticos de cópia, deteriorização ou manipulação de dados, acesso ilícito a informes e dados (industriais, comerciais, etc.), e usando ou transmitindo estes elementos.

Por certo que em ambos os cenários as ilicitudes cometidas são graves e provocam danos por vezes irrecuperáveis – materiais e imateriais-, mas muitas destas ações criminosas já estão previstas pelo sistema normativo vigente, eis que constituem tipos penais tradicionais cometidos/executados por meios eletrônicos e virtuais (o que potencializa, sem dúvidas, as consequências decorrentes).

## 5 Considerações finais

É fácil concluir, pelo visto até aqui, que a crescente utilização de instrumentos telemáticos para a transmissão, recepção e elaboração de informações e dados (pessoais e institucionais), tem criado verdadeiro universo de bens que chama a atenção também do Mercado (formal e informal, lícito e ilícito), transformando-se em produtos de alta valorização. Tais bens e produtos são objetos de disputa por segmentos variados: política, indústria, comércio, relações pessoais, o que se evidencia nos campos da manipulação de dados e informações para fins de pressão política, para roubo e furto de segredos industriais, para pirataria comercial, dentre outros.

Daí a importância de contarmos com marcos normativos claros e pontuais sobre estes temas, dando maior segurança tanto aos órgãos investigativos como à Sociedade, os quais terão o desafio de encontrar pontos de equilíbrio dentre os diversos interesses em jogo, dentre os quais, a exigência (até em face da natureza volátil e de difícil apreensão dos dados e informações virtuais) de que o Estado possa



investigar de maneira eficiente e, por vezes, de surpresa, evitando assim os riscos de desaparecimento de provas importantes (evidências digitais) à elucidação de problemas jurídicos; de outro, a garantia do exercício do direito de defesa por parte das pessoas físicas e jurídicas imputadas ou investigadas.<sup>24</sup>

No Brasil a Lei nº12.737/2012 inovou – mesmo que de forma tímida – na criação do tipo penal de invasão de dispositivo informático (art.154-A, do Código Penal). Apelidada de Lei Carolina Dieckmann, tipifica como crimes infrações relacionadas ao meio eletrônico, como invadir computadores, violar dados de usuários ou *derrubar sites* prevendo como crime a invasão de *dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita*.<sup>25</sup>

A apuração deste delito, entretanto, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos, conforme os termos do também criado art.154-B, do Código Penal nacional.

Do mesmo modo a Lei nº13.718/2018, criou no país a figura penal que tem como ação criminosa a divulgação de cena de estupro, ou de estupro de vulnerável, cena de sexo ou de pornografia, nos termos do art.218-C, do Código Penal brasileiro, assim dispondo o tipo:

24 O Código de Processo Penal Italiano, com a reforma de 2008, adaptando-se a Convenção do Conselho da Europa sobre criminalidade informática, em seu art. 244, fez constar que: 2. *Se il reato non ha lasciato tracce o effetti materiali, o se questi sono scomparsi o sono stati cancellati o dispersi, alterati o rimossi, l'autorità giudiziaria descrive lo stato attuale e, in quanto possibile, verifica quello preesistente, curando anche di individuare modo, tempo e cause delle eventuali modificazioni. L'autorità giudiziaria può disporre rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione.* Na mesma direção os artigos 247, 352 e 354.

25 A pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput do artigo, assim como aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, a pena sobe para reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. E neste caso, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas. Por fim, aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: Presidente da República, governadores e prefeitos; Presidente do Supremo Tribunal Federal; Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.



*Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:*

*Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.*

*§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.*

*§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no **caput** deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.*

Neste sentido, a 3ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº1679465/SP 2016/0204216-5, classificou como violência de gênero a exposição pornográfica não consentida em caso envolvendo adolescente que teve fotos íntimas vazadas virtualmente depois que o cartão de memória do seu celular foi furtado.<sup>26</sup>

Os casos envolvendo criminalidade virtual, todavia, em muitas oportunidades, referem-se a delitos que já contam com proteção normativa vigente em termos do bem jurídico material tutelado, os quais são defraudados de modo virtual, como os casos de insultar a honra de alguém (calúnia artigo 138, do CP); espalhar boatos eletrônicos sobre pessoas (difamação, artigo 139, do CP); insultar pessoas considerando suas características e atribuindo apelidos grosseiros (injúria, artigo 140, do CP); ameaçar alguém (ameaça, artigo 147, do CP); utilizar dados da conta bancária de outrem para desvio ou saque de dinheiro (furto, artigo 155); explicitar, em redes sociais ou em e-mails, de forma depreciativa, manifestações preconceituosas sobre raças, religiões e etnias (preconceito ou discriminação, artigo 20, da Lei n. 7.716 /89); enviar e, ou, trocar fotos de crianças nuas (pedofilia, artigo 247, da Lei n. 8.069 /90).<sup>27</sup>

26 No julgamento, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, sustentou que a divulgação não autorizada desse tipo de material íntimo ou sexual recebeu a alcunha de 'exposição pornográfica não consentida' ou 'pornografia de vingança', em razão de ser particularmente comum nas situações de fins de relacionamento, quando uma das partes divulga o material produzido durante a relação como forma de punição à outra pelo encerramento do laço afetivo.

27 É interessante que há mais de dez anos estes temas já são apreciados pelos Tribunais de Justiça no Brasil, ex vi o caso da condenação de um homem que difamou a ex-namorada por e-mail, sendo condenado judicialmente a pagar indenização por danos morais no valor R\$ 30 mil, mais juros. Nas mensagens enviadas, ele referiu-se a ex-namorada como "garota de programa", além de divulgar nome, profissão, telefone e faculdade, junto com a fotografia de mulher em posições eróticas. A vítima alegou que recebeu diversas ligações telefônicas com o objetivo de contratá-la para a prática de programas sexuais. Processo nº 70018031955, julgado pela Nona Câmara Cível,



Ao longo da década de 1990, no Brasil, igualmente evoluímos a legislação no ponto, ao prevermos tipificação penal para o uso de logomarca de empresa sem autorização do titular, no todo ou em parte, ou imitá-la de modo que possa induzir à confusão (crime contra a propriedade industrial, nos termos do artigo 195, da Lei n. 9.279/96); o mesmo para o monitoramento não avisado previamente (interceptação de comunicações de informática, nos termos do artigo 10, da Lei n. 9.296/96); e também usar cópia de software sem licença (crimes contra software/pirataria, nos termos do artigo 12, da Lei n. 9.609/98).

Outro campo de avanço da criminalidade virtual é a espionagem industrial, afetando o funcionamento de mercados inteiros, criando artificialidades e crises que podem levar a bancarrota determinados setores produtivos.<sup>28</sup> Mas também se avolumam casos judiciais da chamada *pornografia de vingança*, relacionada a exposição pornográfica não consentida e que constituiu *grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis*.<sup>29</sup>

Enfim, a expansão incontrolada da informação e dos mecanismos de comunicação tecnológica, como o emprego difuso das redes sociais para múltiplas atividades que vão desde as relações pessoais de amizade e afetivas até as relações de trabalho, comércio, atividades acadêmicas, etc., tem imposto a constituição de gestão e análise de dados virtuais a todo tempo e por muitos setores da vida cotidiana, inclusive para os campos do Direito, no particular pelo Direito Penal e Processual

---

do Tribunal de Justiça do RS, Relatora Desa. Iris H. M. Nogueira, em 14/02/2007.

28 A Revista EXAME dá conta de alguns casos de espionagem industrial operada a partir de acessos eletrônicos não autorizados, tais como: (i) a *Starwood* acusou o *Hilton* de roubar seus planos para o conceito de estilo de vida relacionada a propriedades da marca W, o chamado The Den Zen. O argumento seria que o *Hilton*, aliado a dois executivos da concorrente, não só roubou as informações, como também deu a seu novo empreendimento o nome Denizen; (ii) a *MGA Entertainment*, fabricante da boneca Bratz, acusou a *Mattel*, fabricante das bonecas Barbie, de fazer espionagem industrial há mais de 15 anos, copiando seus modelos. Conforme site <https://exame.abril.com.br/negocios/10-casos-de-espionagem-industrial/>, acesso em 05/07/2019.

29 Conforme julgado do RESP nº1679465/SP 2016/0204216-5, de 13/03/2018, pela Terceira Turma do STJ, Relatora Min. Nancy Andrighi. Decidiu o Tribunal que, na hipótese em julgamento, uma adolescente foi vítima de "exposição pornográfica não consentida" e, assim, é cabível para sua proteção a ordem de exclusão de conteúdos (indicados por URL) dos resultados de pesquisas feitas pelos provedores de busca, por meio de antecipação de tutela. Temos aqui como referência normativa a Lei nº 13.772/2018, reconhecendo que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar, criminalizando o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Esta norma altera o inciso II, do caput, do art. 7º, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), ampliando o âmbito de violência psicológica contra a mulher, assim como cria o art.216-B, no Código Penal brasileiro, definindo como crime *produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes*, atribuindo pena de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa; e determina que, na mesma pena, incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.



Penal, eis que elementos úteis à investigação por qualquer tipo de crime praticado hoje podem ser conservados – até com esquemas de segurança e segredo imensos – em formatos digitais (estamos falando de computadores pessoais, servidores de empresas, banco de dados em nuvens, pens drives).<sup>30</sup>

Em termos de jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tem reconhecido que o uso cada vez mais intenso e diversificado da internet vem abrindo caminhos para a prática de novas fraudes, ou para novas formas de cometimento de velhos crimes, em casos nem sempre fáceis de enquadrar no ordenamento jurídico.<sup>31</sup>

Por tais razões também o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua 3ª Câmara Civil, determinou que o aplicativo WhatsApp deveria fornecer, em 15 dias, informações para apurar a possível clonagem do celular de ex-vereadora; em caso de descumprimento, a decisão previu pena de multa diária de R\$ 500,00.<sup>32</sup>

Recentemente (04/07/2019) o Superior Tribunal de Justiça indeferiu pedido de liminar em recurso em mandado de segurança feito pela Google e manteve decisão que permitiu a quebra de sigilo de dados telemáticos de grupo não identificado de pessoas, no âmbito de inquérito policial. O inquérito foi instaurado pela Polícia Civil de Sergipe para investigar o suposto homicídio de um capitão da Polícia Militar. A pedido da autoridade policial responsável pelo inquérito, o juiz da Comarca de Porto

30 Ver o texto de LA MUSCATELLA, Donato. La ricerca delle fonti di prova sulle reti di cloud computing: le nuove frontiere delle investigazioni digitali tra profili giuridici e questioni operative. In **Rivista Ciberspazio e Diritto**, Vol.3, 2013, pp. 477/514. Ver também o texto de WELLS, R. Bruce. The fog of cloud computing: fourth amendment issues raised by the blurring of online and offline content. In **Journal of Constitutional Law**, v. 12, University of Pennsylvania, 2014, p.223.

31 Este Tribunal já teve oportunidade de julgar algumas situações exemplificativas destas questões, a saber: (1) decidiu manter preso preventivamente homem que usou a internet para obter fotos e vídeos com conteúdo erótico e depois extorquiu mulheres para não divulgar as imagens; (2) tem adotado a tese de que é ilícita a prova obtida diretamente dos dados armazenados no celular do acusado, e que são inválidas mensagens de texto, SMS e conversas, por meio de aplicativos como o WhatsApp, obtidas diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial - AgRg no RHC 92.801; (3) a sua Terceira Seção firmou entendimento no sentido de que a subtração de valores de conta-corrente mediante transferência eletrônica fraudulenta configura crime de furto, previsto no artigo 155, parágrafo 4º, inciso II, do Código Penal – Conflito de Competência nr.145576; (4) entendeu também a Corte que a criação de sites na internet para vender mercadorias com a intenção de nunca entregá-las é conduta que se amolda ao crime contra a economia popular, previsto no artigo 2º, inciso IX, da Lei 1.521/51 – Conflito de Competência nr.133.534; (5) nas hipóteses de ameaças feitas por redes sociais como o Facebook e aplicativos como o WhatsApp, o STJ tem decidido que o juízo competente para julgamento de pedido de medidas protetivas será aquele de onde a vítima tomou conhecimento das intimidações, por ser este o local de consumação do crime previsto no artigo 147, do Código Penal – Conflito de Competência nr.156.284. Ver no sítio [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Crimes-pela-internet,-novos-desafios-para-a-jurisprudência](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Crimes-pela-internet,-novos-desafios-para-a-jurisprudência), acesso em 18/06/2019.

32 Processo nº 4000132-82.2019.8.24.0000. Neste feito o Tribunal não determinou total devassa de dados e informações a ser praticada pelo aplicativo, mas tão somente que o WhatsApp liberasse os registros que possui sobre as conexões e acessos ao aplicativo do celular da vítima, entre eles: o endereço do IP; dados do sistema operacional; do navegador; da rede móvel; e identificadores do dispositivo utilizado para o cometimento do ilícito.





da Folha determinou à Google Brasil Internet Ltda. o fornecimento das informações de conexão e de acesso a aplicações de internet (contas, nomes de usuário, e-mail e números de IP e de IMEI) das pessoas que estariam próximas ou no local do crime e utilizando os serviços da empresa durante o horário estimado do crime, entre 22h40 e 22h55, tendo o STJ mantido a decisão.<sup>33</sup>

Em outro feito, há mais de 10 anos, a Quarta Turma do STJ determinou que o site Yahoo! Brasil retirasse do ar página com conteúdo inverídico sobre mulher que ofereceria programas sexuais. A empresa alegou que o site citado foi criado por usuário com a utilização de serviço oferecido pela controladora americana Yahoo! Inc., portanto, caberia a essa empresa o cumprimento da determinação judicial. O Tribunal entendeu que os consumidores dos serviços do Yahoo! não distinguem necessariamente as divisas entre a empresa americana e sua correspondente nacional, e por esta razão ela deveria tomar a providência determinada.<sup>34</sup>

Há muito ainda o que enfrentarmos.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2010. p.119.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. Coimbra: Coimbra, 1998.
- BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. **Direito à própria imagem**. Aspectos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CANARIS, Wilhelm Canaris. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. **A defesa da honra e o direito à informação**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.
- CÉSAR, Ana Carolina Moreira; ASPIS, Fábio Lara; CHAVES, Luis Fernando Prado Chaves. **Um ano: o que podemos aprender com os erros e acertos da Europa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/opiniao-podemos-aprender-europa-ano-gdpr>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como Direito Fundamental preferencial prima facie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.
- COSATBILE Gerardo. Scena criminis, documento informatico e formazione della prova penale. **Cyberspazio e Diritto**. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2005/04/27/scena-criminis-documento-informatico-e-formazione-della-prova-penale>. Acesso em: 21 nov. 2017.
- COSTA Jr., Paulo José da. **O direito de estar só – tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

33 Conforme informação no site <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Google-nao-consegue-suspender-quebra-de-sigilo-de-dados-de-grupo-de-usuarios-nao-identificados.aspx>, acesso em 05/07/2019, referente ao RMS nº61215, Relatoria Min. Nefi Cordeiro.

34 Medida Cautelar nº14141, julgada em 24/10/2008, Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, STJ.





- FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GENTOT, Michel. **Access for Information and Protection of Personal Data**. In Commission Nationale de l'Informatique ET des Libertés. p.12. Disponível em: <http://www.pcpd.org.hk/english/infocentre/files/gentot-paper.doc>. Acesso em: 02 mar. 2012.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LA MUSCATELLA, Donato. La ricerca delle fonti di prova sulle reti di cloud computing: le nuove frontiere delle investigazioni digitali tra profili giuridici e questioni operative. **Rivista Ciberspazio e Diritto**, v. 3, 2013.
- LIPTON, Eric; SANGER, David E.; SHANEDEC, Scot. **The Perfect Weapon: How Russian Cyberpower Invaded the U.S.** The New York Times, edição de 13/12/2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/12/13/us/politics/russia-hack-election-dnc.html>. Acesso em: 21 nov. 2017.
- LUÑO, Antonio Henrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos Ltda, 1999.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Derechos fundamentales y garantías constitucionales**. Santiago de Chile: Librotecnia, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Direito de Personalidade. Direito de Família. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- PROSPERI, Massimo. **La tutela dell'immagine**. Roma: Giappichelli Editore, 2010.
- ROSA, Fabrício. **Crimes de informática**. Campinas: Bookseller, 2002.
- SALVADOR, Virginia Puldain. El futuro marco legal para la protección del acceso a los datos. **Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros**, v. 47, p. 119-135, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris47.fmlp>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- SHIMABUKURO, Adriana; ABREU E SILVA, Melissa Garcia Blagitz de. Internet, Deep Web e Dark Web. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). **Crimes cibernéticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 02.
- WELLS, R. Bruce. The fog of cloud computing: fourth amendment issues raised by the blurring of online and offline content. **Journal of Constitutional Law**, University of Pennsylvania, v. 12, 2014.



# CIUDADANIA Y CONSTITUCIÓN

*Jaime Rodríguez-Arana*

Por cuarto año consecutivo la Universidad de A Coruña, 8 y 9 de abril del año en curso, ha sido el escenario del IV Seminario Hispano-Luso-Brasileño de Derechos fundamentales y políticas públicas que tan atinadamente dirigen los profesores Carlos Aymerich y Rogerio Gesta Leal. En los años anteriores, he tenido ocasión de participar en las jornadas siguiendo de cerca las intervenciones realizadas, pero en esta ocasión, mi participación, que asumo con mucho gusto, se referirá a un breve comentario sobre la posición del juez español ante el sistema de protección de los derechos fundamentales con especial referencia a los llamados principios rectores de la política económica y social, título de la Constitución española de 1978 donde se ubican los denominados derechos sociales fundamentales, aunque sin la protección.. jurídica que hubiera sido deseable.

Efectivamente, a lo largo de dos jornadas apretadas, los profesores de ambos lados del Atlántico, un océano que une tantos proyectos culturales, destacados colegas debatieron y presentaron sus reflexiones acerca de una cuestión tan relevante para el estado de justicia material de los pueblos como es la de la función de los jueces ante tantas situaciones.

En efecto, la cuestión de la naturaleza, límites y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa es una de las cuestiones centrales de la teoría y la práctica del control judicial de la actuación de las Administraciones públicas. La superación del proceso contencioso-administrativo como un proceso al acto administración para convertirse en un proceso de protección del derecho facilita desde luego un mejor entendimiento del sentido y funcionalidad del control jurídico que realizan los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con la actuación de la Administración pública.

El complejo Gobierno-Administración pública tiene, por mandato constitucional, artículo 103 de la Constitución española de 1978, la obligación de que su actuación esté presidida por el servicio objetivo al interés general. Esta nota de objetividad que tanto tiene que ver con la racionalidad y la argumentación lógica permite al Juez contencioso-administrativo controlar jurídicamente, como dispone el artículo 106 de la Constitución, el sometimiento, en su actuar, de la Administración a los fines de interés general que la justifican.

La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, en la medida que ha superado la naturaleza revisora de esta jurisdicción,



ha abierto las puertas, a través del proceso de protección del derecho y del interés legítimo, a nuevas perspectivas procesales que permiten controlar jurídicamente el silencio, la inactividad y las actuaciones materiales. Obviamente, una sentencia que condena a la Administración por inactiva, no sería congruente ni razonable si no llevara aparejada el mandato a la Administración de actuar positivamente, incluso en un determinado plazo. Sin embargo, el poder judicial no debe ir más allá, salvo que los derechos fundamentales de la persona aconsejen ordenar a la Administración la adopción de una determinada medida por razones de urgencia.

Por eso, debemos preguntarnos acerca del alcance del llamado activismo judicial contencioso administrativo en materia de actuaciones lesivas de derechos fundamentales de la persona y en materia de actuaciones que puedan violar los principios rectores de la política económica o social y los derechos económicos y sociales en que ordinariamente se proyecta el ejercicio de estas políticas públicas.

Para esta tarea es menester, claro está, situarnos en el marco constitucional, para desde él, acercarnos al mundo de las relaciones entre actuación administrativa y protección de los derechos fundamentales y al ámbito de las vinculaciones entre actuación administrativa y principios rectores de la política económica y social. Estudiando estas dos cuestiones podremos comprender el alcance, y los límites, que presenta el Derecho Público Español en lo que se refiere a las posibilidades, en sentido negativo y positivo, que ofrece el control jurídico de la actuación administrativa que vulnera derechos fundamentales de la persona o principios rectores de la política económica y social proyectados en concretos y determinados derechos económicos y sociales.

La Constitución española de 1978, cómo es bien sabido, dispone en el artículo 9.1 que “los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”. Por otra parte, en materia de actuación administrativa, sea expresa, presunta, inactividad u omisión, o vía de hecho, “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Por su parte, el artículo 117.3 señala que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales...”.

El artículo 9.2 de la Constitución manda a los poderes públicos, y el judicial obviamente lo es, “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Esta obligación general que debe presidir la actuación de los poderes públicos se concreta en el capítulo tercero de la Constitución, en sede de principios rectores de la política y económica y social.



Por su parte, el artículo 10.1 señala con toda claridad que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”. Es decir, en el fondo del interés general, que vincula a los poderes públicos, están los derechos inviolables inherentes a la condición de persona que tienen todos los ciudadanos.

En materia de derechos fundamentales, el artículo 53. 1 dispone que estos derechos, artículos 14 a 29 de la Constitución, vinculan a todos los poderes públicos. El párrafo 2 señala que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de estos derechos ante la jurisdicción ordinaria como, en su caso, ante el Tribunal Constitucional a partir del recurso de amparo. El parágrafo 3 de este mismo precepto dice que los principios rectores de la política económica y social, artículos 39 a 52 de la Constitución, “informarán la práctica judicial”, “aunque sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

En materia de derechos fundamentales, la tutela se proyecta al ámbito ordinario y a la dimensión constitucional. Por lo que se refiere a la jurisdicción contencioso administrativa, tenemos que acudir a la ley reguladora de esta jurisdicción, de 13 de julio de 1998. En sede constitucional, la regulación podemos consultarla en la ley orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979.

Por lo que se refiere a los derechos económicos y sociales, regulados en la Constitución española de 1978 bajo la rúbrica de “principios rectores de la política económica y social”, si bien informarán la práctica judicial, no serán alegables ante los Jueces y Tribunales salvo que las leyes así lo consideren. En esta materia, pues, la propia Constitución ha establecido un régimen especial para la tutela de estos derechos y principios.

El poder judicial, como poder del Estado que es, como poder público, está obviamente vinculado por todas las previsiones que la Constitución realiza para los poderes de esta naturaleza, si bien lógicamente dichos mandatos generales habrán de aplicársele de acuerdo con su naturaleza específica. Ahora bien, el poder judicial está vinculado por la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico, tal y como dispone el artículo 9.1 CE. Lo que quiere decir, ni más ni menos, que en su tarea jurisdiccional ha de estar sometida a la primera y principal de las fuentes del Derecho y al resto de las fuentes: ley, tratados, reglamento, costumbre, principios, jurisprudencia y doctrina.

La función propia y específica que corresponde al poder judicial según la Constitución española es juzgar y ejecutar lo juzgado. Juzgar, desde una posición muy general, consiste en declarar o no ajustado a derecho, al menos en el orden contencioso administrativo, una determinada actuación administrativa. Si se quiere, juzgar es dar a cada uno lo de que de acuerdo con la ley y el derecho le corresponde.



La vigente ley de la jurisdicción contencioso administrativa, que acertadamente establece el centro de la cuestión, no en el tradicional proceso al acto administrativo, sino en la pretensión del recurrente. Pretensión que puede reducirse a la mera anulación de la actuación administrativo, también, de acuerdo con el artículo 31.1 de esta Ley, al restablecimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

Como ahora, tras la ley de 1998, puede recurrirse frente a la inactividad de la Administración, el artículo 32 de esta ley permite que en estos casos el demandante pueda pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

La propia naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa, consistente en la protección del derecho, deberá adecuarse a la propia naturaleza de la pretensión, sobre todo en los casos de omisión o inactividad administrativa. El límite, obviamente, va a encontrarse, si es que estamos en sede de derechos económico-sociales o de principios rectores de la política económica y social en un racional ejercicio, por parte de la Administración, de la técnica presupuestaria. El presupuesto no es ilimitado, pero tampoco puede estar confeccionado irracionalmente, sin tener en cuenta la realidad social o económica y la relevancia de que en un Estado social y democrático de Derecho los derechos y las libertades de los ciudadanos deban ser reales y efectivos.

El marco constitucional, que es el espacio en que habrá de discurrir la cuestión planteada, dispone, en relación con el alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa, como antes señalamos, que el control jurídico que hacen los Tribunales se extiende, además de a la legalidad de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa en general, “al sometimiento de la Administración a los fines que la justifican”. Expresión ciertamente relevante que se introduce en el artículo 106 de la Constitución para dar un paso más en orden al sometimiento pleno de la Administración, como dice el artículo 103 de la Constitución, a la Ley y al Derecho. La Administración también puede ser controlada jurídicamente por los Jueces y Tribunales en lo que se refiere a su sometimiento a los fines que la justifican.

Esta cuestión es central. Que el poder judicial pueda controlar jurídicamente el sometimiento de la Administración a los fines que la justifican no quiere decir, ni mucho menos, que dicho poder pueda hacer un juicio genérico acerca de tal sometimiento. Más bien, lo que el precepto quiere decir es que las técnicas jurídicas del control de la discrecionalidad, cuya máxima expresión es la determinación del interés general, deben proyectarse acerca de si la Administración opera bajo el imperio del interés general concreto que preside esa actuación. El poder judicial no puede sustituir la voluntad de la Administración para decirle cómo ha de ejecutar ese interés público o general porque el poder judicial no debe administrar o gobernar. Pero sí que puede afirmar jurídicamente que se ha producido una desviación de poder.



La Constitución, en su artículo 53.3 dispone que el reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos económicos y sociales, que también tienen la conformación de principios rectores de la política económica y social, informarán la práctica judicial, aunque solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

En otras palabras, la posibilidad de alegar en juicio la vulneración de estos principios, regulados en los artículos 39 a 52 de la Constitución, que contienen el repertorio de los derechos económicos y sociales, requiere de una ley que lo prevea específicamente. Las razones de tal limitación constitucional se justifican en atención a las consecuencias presupuestarias que tal previsión acarrearía a los presupuestos públicos.

El elenco de derechos económicos, sociales y principios rectores de la política económica y social que integran el capítulo tercero de la Constitución traen causa de la denominada cláusula del Estado social de Derecho del artículo 9.2 de la Constitución, en cuya virtud los poderes públicos han de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

El capítulo tercero de la Constitución empieza en el artículo 39 y termina con el artículo 52. En estos preceptos hay derechos económicos, sociales y culturales así como principios rectores de la política económica y social. El artículo 39 se refiere a la protección integral de la familia, de los hijos y a la obligación de asistencia de todo orden de los padres a los hijos. Es obvio que los poderes públicos han de articular esa protección social, económica y jurídica en atención a las disponibilidades presupuestarias. Pero no es menos obvio que esta política pública ha de ser de gran relieve en un Estado social puesto que, en efecto, la familia es piedra angular de una construcción social digna y equilibrada. Por eso se trata en el primer artículo de este capítulo y por eso entraña una gran responsabilidad para los poderes públicos. En el mismo sentido, la protección integral a los hijos es otra responsabilidad que los poderes públicos no pueden desatender. Estos principios, como ya indiqué, son también derechos, derechos que tienen las personas beneficiarias de la ayuda pública en que se concreta la actuación de los poderes públicos en estos casos. Por ejemplo, los hijos pueden reclamar la asistencia de todo orden de los padres en los términos a que se refiere el párrafo tercero del precepto. Por tanto, frente a la inactividad de la Administración en relación con estas cuestiones es posible acudir al juez contencioso administrativo en los términos previstos en la ley que desarrolle esta materia.

El artículo 40 se refiere a la obligación de los poderes públicos de “promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad





económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”. En este sentido, el párrafo segundo del precepto manda a los poderes públicos que fomenten “una política que garantice la formación y readaptación profesionales: velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”. En estos casos estamos en presencia de evidentes principios de la política económica y social que han informar la actuación de los poderes públicos y que, obviamente, sólo podrá reclamarse ante los Tribunales en el caso de que en la realidad concreta se hayan vulnerado.

En el artículo 41 se plantea la obligación de los poderes públicos de mantener “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. Aquí el problema se encuentra en determinar el grado de suficiencia de las prestaciones sociales, para lo cual los principios de racionalidad y objetividad pueden ayudar a los Tribunales de Justicia, en los casos concretos, para situaciones de inactividad.

La protección de los trabajadores españoles en el extranjero se encuentra en el artículo 42: “El Estado velará especialmente por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno”. Se trata, igualmente, de otro principio rector de la materia económica y social que incorpora un evidente derecho subjetivo de los trabajadores españoles en el extranjero.

La protección de la salud se contempla en el artículo 43, dónde también se manda a los poderes públicos la organización de la salud pública de acuerdo a ciertos parámetros. En el mismo sentido, encontramos en el mismo precepto la obligación de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte, así como la adecuada utilización del ocio. El acceso a la cultura para todos se encuentra regulado en el artículo 44, dónde se manda a los poderes públicos que promuevan la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

En el artículo 45 el medio ambiente se reconoce como un derecho y como una obligación de los poderes públicos. En realidad, en todos los supuestos del capítulo tercero de la Constitución hay obligaciones que dan lugar a derechos de las personas. En el caso del medio ambiente se ha querido reconocer así de forma expresa, como también acontece con el derecho a la vivienda digna y adecuada. Derechos que realmente, a día de hoy, ya podrían considerarse como derechos fundamentales, como el derecho al agua, a una alimentación digna. Interesante, me parece, es la vinculación del derecho al medio ambiente en el artículo 45.1 al desarrollo de la persona. Esta mención también es predicable del resto de los derechos económicos y sociales a que se refiere el capítulo tercero de la Constitución. Además, la obligación



de los poderes públicos en la materia se extiende, como es lógico, a velar por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

El artículo 46 atiende a la obligación de los poderes públicos de conservar y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran. En el artículo 47 encontramos el derecho a una vivienda digna y adecuada y la obligación correlativa de los poderes públicos de hacer efectivo este derecho, en línea directa con lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 9.2. El artículo 48 se refiere a la obligación de promover las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural, concretando también en esta materia el mandato general del citado artículo 9.2. El artículo 49, por su parte, se refiere a la obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación, integración, atención especializada, en relación con los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Este precepto también manda a los poderes públicos que amparen especialmente a estos colectivos en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Cómo es lógico, el derecho a pensiones suficientes y actualizadas de las personas de la tercera edad es, además, obligación de los poderes públicos que la Constitución contempla en el artículo 50, quienes también deberán promover el bienestar de este colectivo mediante un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. La protección a los consumidores y usuarios la encontramos en el artículo 51, precepto que también ordena a los poderes públicos promover la información y la educación de estos colectivos, así como el fomento de sus organizaciones y su derecho a la audiencia. Finalmente, el artículo 52 dispone que la ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios.

Este elenco de principios que la Constitución impone a la Administración en su quehacer cotidiano en materia económica y social, trae consigo derechos subjetivos de los particulares afectados a la exigencia de una actuación de los poderes públicos en los términos establecidos en la Constitución. La propia Norma fundamental dispone en el artículo 53.3 que para que estos derechos sean alegables ante la jurisdicción ordinaria es menester hacerlo de acuerdo con las leyes que los desarrollen.

¿Qué ocurriría, por ejemplo, si una ley no ha desarrollado, a los cuarenta años de vigencia constitucional, un determinado mandato de rango constitucional de hacer a los poderes públicos?. En estos casos, de evidente inactividad, no es posible dejar sin amparo jurídico a los particulares afectados por la ausencia u omisión de determinadas políticas públicas pues, de lo contrario, se produciría una evidente indefensión y, por ende, una clara violación de la tutela efectiva, además de un supuesto de arbitrariedad que también prohíbe la Constitución. En estos casos, se



podría demandar la inactividad administrativa en la jurisdicción constitucional como exigencia de la violación del derecho fundamental a la tutela efectiva. Acerca de la posibilidad de recurrir la inactividad en la vía administrativa ordinaria, el artículo 53.3 dice lo que dice, que aunque es bien claro, puede encerrar alguna contradicción. Por ejemplo, ¿es posible inadmitir un recurso de amparo por no haber agotado la vía ordinaria cuando esta estaría prohibida por la Constitución?.

En los casos de inactividad de políticas públicas fundadas en los principios rectores del capítulo tercero de la Constitución es obvio que estaría abierta la puerta del Tribunal Constitucional para obligar a la Administración a dictar las medidas que sean necesarias. Especial interés despierta la problemática relativa al contenido de una sentencia constitucional por incumplimiento por omisión de actuaciones concretas que concreten los principios rectores del capítulo tercero. En estos casos, si resultare que la dignidad del ser humanos recurrente exigiera una medida con urgencia, el propio Tribunal así podrá acordarlo en su sentencia conminando en un plazo concreto de tiempo a una determinada operación médica. Pensemos en una operación quirúrgica urgente por ejemplo.

Un problema no menor que nos encontramos en estos supuestos es el relativo a la omisión de las leyes que deben desarrollar estos principios y estos derechos. ¿No podría obligar una sentencia del Tribunal Constitucional, por invasión del derecho al acceso a la jurisdicción, a aprobar una ley en materia económica o social, según fuera el caso?.

Por supuesto que en los casos de actuaciones positivas de las Administraciones públicas en sede de principios rectores es posible acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, incluso aunque la actuación administrativa no haya sido amparada en una ley previa, en estos casos, además, por vulneración del principio de legalidad.

En los casos en que existan leyes que desarrollen estos principios y derechos, las cosas son más sencillas porque se puede acudir a la jurisdicción ordinaria y es posible, de acuerdo con la ley de lo contencioso administrativo de 1998, demandar la omisión o la inactividad. Si así se estima por el Juez, es menester recordar en este punto el contenido que puede tener una sentencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Veamos.

De acuerdo con el artículo 71. 1.b. de la vigente ley de 1998, en lo que ahora nos interesa, cuando la sentencia estime el recurso contencioso administrativo, “si se hubiere pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídicamente individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento de la misma”. Pensemos en una actuación administrativa expresa que lesiona el derecho de un disminuido físico a la atención médica a que tiene derecho. En este caso, el reconocimiento del derecho trae consigo necesariamente el mandato a la Administración competente de que se produzca la atención especializada a que el disminuido físico tiene derecho.



En los casos de inactividad, en los casos en los que la Administración deba actuar positivamente, el artículo 71.1.c nos da la solución: “si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer el plazo para que se cumpla el fallo”. Es decir, en estos supuestos, dada la naturaleza de la pretensión, la forma más razonable de garantizarla es someterla a un plazo. Es decir, el Juez contencioso administrativo puede obligar a la Administración a una actuación positiva en un plazo de tiempo.

Problema más complejo es el de si el Juez puede ordenar a la Administración la forma y/o el contenido de la actuación de que se trate. En principio, como regla general, salvo que sólo hubiere una única posibilidad de actuar, el Juez no debe señalar a la Administración la forma o manera en qué debe actuar porque de lo contrario estaría sustituyendo la voluntad de la propia Administración, que es quien constitucionalmente ha de actuar al servicio objetivo del interés general. Así, además, parece deducirse de lo dispuesto en el artículo 71.2 de la ley de 1998 cuando dispone que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Por la sencilla razón de que el contenido discrecional constituye el ámbito propio, específico, del quehacer ordinario de los poderes públicos. Ahora bien, ello no quiere decir, ni mucho menos, que el control jurídico, que es el propio de los Tribunales de justicia, no pueda extenderse al enjuiciamiento de los elementos reglados de la actuación de que se trate, entre los que se encuentra, por mandato del artículo 106 de la Constitución el sometimiento de la Administración a los fines que la justifican.

El Juez contencioso administrativo puede ordenar a la Administración que actúe ante un determinado caso de inactividad, incluso en un plazo de tiempo concreto. Pero no puede decirle a la Administración cómo ni en que forma o con qué contenido debe orientar su actuación, por que el modo, la forma o el quantum de una determinada política pública es competencia del poder ejecutivo

En el Derecho Público Español, el activismo judicial tiene un papel relevante en toda la materia relativa al control jurídico de la inactividad administrativa en sede de derechos fundamentales de la persona. Por lo que se refiere a la inactividad en materia de principios rectores de la política económica y social, la Constitución, artículo 53.3, exige que tales principios sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria siempre de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Sin embargo, la Constitución no podría amparar situaciones de indefensión, artículo 24, por lo que incluso en estos casos, si es que no se han desarrollado dichos principios por la vía legal por inexcusable omisión del legislador, ha de ser posible, para que el acceso a la jurisdicción sea real y efectivo, que los titulares de derechos económicos y sociales derivados de estos principios puedan hacer valer su posición jurídica si es que se impide el libre desarrollo de la personalidad que conforme al artículo 10.1 de la Constitución es uno de los fundamentos del orden político y la paz social.



El poder judicial, pues, ante supuestos de inactividad puede, y debe, proceder, si es que estima la pretensión, reconocer el derecho y ordenar su restablecimiento ordenando a la Administración que proceda en consecuencia.

En el caso de que se vulnere un derecho fundamental de la persona, la sentencia estimatoria permite que se pueda ordenar en la sentencia el restablecimiento del derecho, lo que en caso de inactividad, de acuerdo con el artículo 32 de la ley de 1998, implica que se condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

Si nos hallamos ante vías de hecho o actuaciones materiales de la Administración, la sentencia estimatoria permitirá igualmente que se ordene a la Administración el cese en sus actividades y que se adopten las medidas tendentes al restablecimiento del derecho vulnerado, tal y como dispone el artículo 33.2 de la ley de 1998, precepto que se aplica tanto al procedimiento contencioso general como al especial de protección de los derechos fundamentales de la persona.

En realidad, los casos en los que la jurisdicción contencioso administrativa puede incorporar en sus sentencias mandatos positivos de hacer a la Administración, con los límites que hemos comentado, derivados de la literatura de algunos preceptos de la Constitución, se refieren al proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona y a los casos de aplicaciones concretas de los principios rectores de la política social y económica del capítulo tercero de la Constitución española de 1978.

Esperamos ya como agua de mayo el V Seminario Internacional Hispano-Luso-Brasileño sobre Derechos Fundamentales y Políticas Públicas, que tanto contribuye, además de a fortalecer los lazos académicos y personales entre profesores de los tres países, a buscar fórmulas jurídicas que ayuden a situar a la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales en el centro del orden político, económico, social y cultural.

Jaime Rodríguez-Arana  
Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo  
Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global de la  
Universidad de A Coruña



# A DIMENSÃO JUSFUNDAMENTAL DO DIREITO À DESINDEXAÇÃO – DESLINDANDO AS FRAGILIDADES DE UM SUPOSTO “ESQUECIMENTO” ONLINE

Alessandra Silveira<sup>1</sup>

## I

No acórdão *Google* de 2014 (C-131/12)<sup>2</sup> o Tribunal e Justiça da União Europeia (TJUE) foi confrontado com questão de saber se os titulares de dados pessoais podem solicitar que alguns (ou todos) os resultados da pesquisa que lhes diga respeito deixem de estar acessíveis através de motores de busca *online*. No âmbito deste processo movido em sede de reenvio prejudicial, o TJUE reconheceu o direito à desindexação/desassociação/deslistagem de dados pessoais constantes de sites terceiros mas acessíveis por um motor de busca na internet, na medida em que dito operador fornece resultados de pesquisa que encaminham o internauta para uma página-fonte (qualquer página *web* na internet).

Trata-se, portanto, de uma dimensão do direito fundamental à proteção de dados pessoais (patente no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) que é exercida exclusivamente *online* contra o operador do motor de busca responsável pelo tratamento de dados pessoais (Google, Bing, Ask, etc.), na medida em que tal operador ordena a informação publicada e posta na internet por terceiros, a armazena temporariamente, e finalmente a disponibiliza aos internautas por determinada ordem de preferência. O TJUE entendeu que o que a Google faz é um tratamento de dados pessoais no âmbito de um modelo de negócio, pois a empresa lucra a partir dos dados dos internautas através da venda de espaços publicitários (publicidade direcionada), algo a que os titulares dos dados pessoais se podem opor através do direito à desindexação.

Através do direito à desindexação, o titular dos dados pessoais reclama proteção diante da difusão dos seus dados – que são processados, propagados e se tornam acessíveis através de motores de busca –, independentemente de a sua inclusão na lista de resultados da busca *online* ter-lhe causado qualquer prejuízo. Trata-se de uma dimensão jusfundamental que, no entendimento do TJUE, se sobrepõe aos interesses económicos do operador e ao interesse público da informação – salvo se o papel desempenhado por uma pessoa na vida pública justifique o interesse de acesso à informação, mas mesmo assim é preciso aferir da sensibilidade daquela informação para a vida privada da pessoa em causa.

1 Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho. Titular da Cátedra Jean Monnet em Direito da União Europeia (EACEA, Comissão Europeia, Bruxelas).

2 Acórdão *Google*, de 13 de maio de 2014, processo C-131/12.





Assim – e porque ao operador do motor de busca cumpre eliminar a conexão dos resultados que o titular dos dados não deseja que sejam propagados –, a doutrina associou tal operação a “esquecimento” *online* – algo que, em bom rigor, resulta equivocado, pois ninguém é propriamente esquecido na internet. A própria autora deste texto alinhou, em tempos, a esta espécie de “pecado original” indutor de equívocos.<sup>3</sup> É certo que a doutrina foi induzida a erro porque, logo na ementa das Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen no processo *Google*,<sup>4</sup> figura a expressão “direito de ser esquecido”, depois acolhida pelo legislador europeu na epígrafe do artigo 17.º do Regulamento 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados - RGPD), aplicável desde 25 de maio de 2018. Como o processo *Google* foi o primeiro caso em que o TJUE foi chamado a interpretar disposições sobre proteção de dados aplicadas a motores de pesquisa na internet, é compreensível que certas densificações demandem algum tempo de maturação – um resultado para o qual a doutrina tem a obrigação de colaborar.

A ideia de “esquecimento” tem memória na cultura jurídica ocidental – e está sobretudo associada às repercussões do caso *Lebach* ocorrido em 1969 na Alemanha. Na sequência do cumprimento de uma pena de reclusão pelo homicídio de soldados que protegiam um depósito de armas e munições, o Tribunal Constitucional alemão teve se decidir sobre a legitimidade da emissão televisiva de um documentário sobre o referido caso – e decidiu que os veículos de comunicação social não deveriam ocupar-se da figura e vida privada de um recluso por tempo ilimitado, proibindo que a emissora veiculasse o documentário na sua grade de programação. Ocorre que um entendimento amplo de “esquecimento” desenvolvido desde meados do séc. XX no âmbito dos *mass media* tradicionais não se compadece com o atual entendimento do direito à desindexação, na medida em que supressão de uma hiperligação não retira informações das páginas *web* onde figurem, apenas obriga o motor de busca a deixar de indexar/conectar o internauta aos dados pessoais do titular que o solicita. Ou seja, o direito à desindexação obriga o operador do motor de busca a desassociar/deslistar alguns dos resultados da pesquisa, mas a informação permanece no *site* onde foi divulgada – e quem a quiser encontrar lá chegará.

Como veremos no decorrer deste texto, no acórdão *Google* a resposta do TJUE foi suficientemente clara quanto *i*) à existência de um tratamento de dados pessoais por parte do operador do motor de busca; *ii*) à responsabilidade do operador do motor de busca pelo tratamento; *iii*) à extraterritorialidade da proteção de dados quando o responsável pelo tratamento não possui a sua sede no espaço da União Europeia;

3 Cfr. Alessandra Silveira e João Marques, Do direito a estar só ao direito ao esquecimento. Considerações sobre a proteção de dados pessoais informatizados no direito da União Europeia: sentido, evolução e reforma legislativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 61, n.º 3, dezembro/2016 (<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48085/29828>).

4 Conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Niilo Jääskinen a 25 de junho de 2013 no processo *Google* (C-131/12).



iv) à obrigação do operador do motor de busca de proceder à desassociação de resultados aquando do pedido do titular dos dados; e v) à extensão, alcance e limites (materiais) dos direitos do titular dos dados. O TJUE reconheceu que cada pessoa tem o direito a que informações sobre si disponíveis na internet deixem de ser associadas ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada em motores de busca – sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que tal associação cause prejuízo à pessoa em causa.

Ocorre que ficou por precisar a extensão do âmbito de aplicação territorial do direito à desindexação – ou seja, qual a extensão da obrigação de supressão da hiperligação que impende sobre o operador do motor de busca? deve ser feita a nível nacional, europeu ou global? Através de um reenvio prejudicial apresentado pelo *Conseil d'État* (Conselho de Estado atuando como Tribunal Supremo do contencioso administrativo francês), com origem num processo principal que opõe a Google à *Commission nationale de l'informatique et des libertés* [CNIL – a autoridade nacional (francesa) de proteção de dados], o TJUE terá a oportunidade de esclarecer se a obrigação de suprimir uma hiperligação se exerce em todos os nomes de domínio do motor de busca – de forma a que as ligações controvertidas deixem de ser exibidas seja qual for o local a partir do qual é efetuada a pesquisa com base no nome do requerente –, ou se, pelo menos, a obrigação de desindexar se estende aos nomes de domínio de motor de busca em todos os Estados-Membros da União Europeia.<sup>5</sup>

Nas Conclusões publicadas a 10 de janeiro de 2019 o Advogado-Geral Maciej Szpunar<sup>6</sup> propôs ao TJUE que a supressão das hiperligações se exerça a nível europeu (e não global ou mundialmente). No entendimento do Advogado-Geral, o motor de busca deveria ser obrigado a promover a deslistagem dos resultados obtidos através de uma pesquisa efetuada a partir de um lugar situado na União Europeia. Neste contexto, o operador do motor estaria obrigado a adotar todas as medidas ao seu alcance para garantir uma supressão eficaz e completa – o que inclui, através da técnica do “bloqueio geográfico”, a obrigação de suprimir os resultados de pesquisa efetuados a partir de um endereço IP localizado num dos Estados-Membros da União Europeia, independentemente do nome de domínio utilizado pelo internauta que efetua a busca, a fim de impedir a pesquisa com um nome de domínio não europeu.

Nada impede, todavia, que o TJUE rejeite o entendimento do Advogado-Geral – a quem compete, nos termos do artigo 252.<sup>o</sup> do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, apresentar publicamente, com imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas sobre as causas que requeiram a sua intervenção.<sup>7</sup> De

5 Processo CNIL, C-507/17.

6 Conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Maciej Szpunar a 10 de janeiro de 2019 no processo CNIL (C-507/17).

7 Para mais desenvolvimentos sobre a figura do Advogado-Geral ver Luísa Lourenço, *Enciclopédia da União Europeia*, Ana Paula Brandão/Francisco Pereira Coutinho/Isabel Camisão/Joana Abreu



resto, no processo que deu origem ao acórdão *Google*, o TJUE divergiu do Advogado-Geral Niilo Jääskinen, segundo o qual os direitos previstos na então Diretiva 95/46 (relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados – entretanto revogada pelo RGPD) não conferiam à pessoa em causa o “direito de se dirigir diretamente aos motores de pesquisa para impedir a indexação de informações referente à sua pessoa, legalmente publicada em páginas *web* de terceiros, alegando não desejar que tais informações sejam conhecidas pelos utilizadores da internet por considerar que as mesmas lhe podem ser prejudiciais ou pretender ser esquecida”.<sup>8</sup> Estava aqui subjacente a ideia de que os motores de busca não seriam responsáveis pelo tratamento porque não controlam os conteúdos que são indexados – seriam meros intermediários – e, portanto, as páginas-fontes seriam as responsáveis pelo tratamento de dados e não os motores de busca. Tais páginas-fontes teriam a possibilidade de utilizar códigos de exclusão (e alertar os motores de busca para não indexarem páginas com dados pessoais). Nesta medida, no entendimento do Advogado-Geral no processo *Google*, os motores de busca apenas seriam responsáveis se ignorassem tais alertas. Não foi este o entendimento acolhido pelo TJUE, como vimos.

Tendo por mote as questões prejudiciais apresentadas no processo *CNIL*, no presente texto pretendemos reequacionar a dimensão jusfundamental da desindexação, por forma a deslindar equívocos quanto ao seu âmbito de aplicação material e territorial, à luz dos novos desenvolvimentos da proteção de dados pessoais na União Europeia, por força da aplicação do RGPD desde 25 de maio de 2018.

Isto releva sobretudo para as repercussões do direito à desindexação no ordenamento jurídico brasileiro. Durante muito tempo a questão esteve associada a uma ideia de “esquecimento” num sentido amplo, ligada aos direitos de personalidade (privacidade, honra, imagem, palavra, etc.) e não propriamente à desindexação *online* – até que em maio de 2018, no Recurso Especial n.º 1660168 (Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator), o Superior Tribunal de Justiça reconhece pela primeira vez o direito à desindexação no sentido com que vem sendo aplicado na União Europeia, com amplas referências à jurisprudência do TJUE. Acresce que, em votação recente no Senado Federal brasileiro, foi aprovada a PEC 17/2019, tendente a incluir formalmente no rol do artigo V da Constituição Federal, o direito à proteção de dados pessoais – o que integra necessariamente o direito ao apagamento (à eliminação) e o direito à desindexação.

---

(coord.), Petrony, 2017, p. 24.

8 Conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Niilo Jääskinen a 25 de junho de 2013 no processo *Google* (C-131/12).



## II

Nos termos do artigo 17.º do RGPD, o chamado “direito a ser esquecido” (ou em bom rigor, direito à desindexação) passa a ter honras de novo direito formalmente consagrado – o que em muito se deve à jurisprudência do TJUE que o reconheceu no acórdão *Google*. Em rigor, o direito ao apagamento dos dados pessoais, do qual o TJUE derivou a desindexação, fazia já parte do catálogo dos chamados direitos ARCO<sup>9</sup> [artigos 12.º e 14.º da (então) Diretiva 95/46]. Nesta perspetiva, o titular dos dados pessoais tem direito a que os mesmos sejam conservados apenas por um certo período de tempo, exigindo-se o seu apagamento a partir de um prazo adequado às finalidades do tratamento; se porventura fins históricos, científicos ou estatísticos o justifiquem, o alargamento do prazo é permitido, desde que não seja incompatível com os fins do tratamento original. Este direito ao apagamento não foi originariamente pensado para ser exercido no âmbito digital,<sup>10</sup> apresentando dificuldades práticas quanto à sua aplicação a dados pessoais informatizados – que não serão objeto deste texto.

De qualquer forma, ao lado do apagamento surge agora na epígrafe do artigo 17.º do RGPD o “direito a ser esquecido”, sem dúvida por força da mediatização do acórdão *Google* de 2014, o que denota que para o legislador europeu o direito ao apagamento e o “direito a ser esquecido” (em rigor, o direito à desindexação) são dimensões jusfundamentais do direito à proteção de dados pessoais com âmbitos de proteção distintos. Acompanhemos o surgimento do direito à desindexação.

O litígio principal no processo *Google* opunha, por um lado, a Google Spain e a Google Inc., e, por outro, a *Agencia Española de Protección de Datos* (autoridade nacional de proteção de dados espanhola), por conta de uma decisão da referida Agência que deferiu a pretensão de Mario Costeja (advogado galego), ordenando que a Google adotasse as medidas necessárias para retirar os dados pessoais do requerente do seu índice/listagem e, desta forma, impossibilitar o futuro acesso aos seus dados. A reclamação baseava-se no facto de que, quando um internauta inseria o nome de Mario Costeja no motor de busca da Google, obtinha ligações a duas páginas do jornal *La Vanguardia*, ambas de 1998, nos quais figurava um anúncio de venda de imóveis em hasta pública, decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social que envolvia Mario Costeja.

Com esta reclamação o requerente pedia que se ordenasse i) que o jornal suprimisse ou alterasse as referidas páginas para que o seu nome deixasse de

9 Acrónimo anglo-saxónico para Access (acesso), Rectification (retificação), Cancellation (apagamento) e Opposition (oposição).

10 Sobre o tema cfr. Alessandra Silveira, Direitos humanos fundamentais originariamente protegidos *offline* mas exercidos *online* – e a recíproca, é verdadeira?, in Elisaide Trevisan/Livia Gaigher Bósio Campello (coord.), *Direito & solidariedade*, Editora Juruá, Curitiba, 2017.



aparecer e *ii*) que a Google suprimisse ou ocultasse os seus dados pessoais para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa, isto porque, segundo o requerente, o arresto tinha sido completamente resolvido há anos e a sua referência carecia atualmente de pertinência. A Agência espanhola indeferiu a reclamação na parte que dizia respeito ao jornal por considerar que a publicação das informações estava legalmente justificada – mas deferiu a reclamação na parte que dizia respeito a Google por concluir que o motor de busca realiza um tratamento de dados pelo qual é responsável e que prossegue objetivos distintos do jornal. Insatisfeita, a Google questionou judicialmente a decisão da Agência espanhola – e na sequência o competente tribunal nacional reenviou para o TJUE a fim de saber que obrigações incumbem aos operadores de motores de busca para efeitos de proteção de dados pessoais.

Importava, portanto, desvendar *i*) se a normativa europeia de proteção de dados se aplica a um organismo cuja sede social está nos Estados Unidos da América (EUA), *ii*) se os operadores de motores de busca (como Google, Bing, Ask, etc.) são responsáveis (e em que circunstâncias) pelo suposto tratamento de dados na sua atividade, e *iii*) qual o alcance dos direitos em causa. A Google rejeitava a aplicação do direito da União Europeia com o argumento de que a sua sede matriz se encontra nos EUA e, nesta medida, eximia-se de qualquer responsabilidade por entender que, ao indexar informações, não estava a tratar dados de forma individual. O TJUE considerou que a (então) Diretiva 95/46 seria aplicável à Google porque *i*) as buscas se realizavam através de uma página *web* sediada em Espanha (através de uma sucursal destinada à promoção e venda de espaços publicitários), *ii*) com efeitos vinculativos em Espanha e *iii*) relativamente a cidadãos situados fisicamente em Espanha.

Ora, na medida em que a Google ordena a informação publicada e posta na internet por terceiros, a armazena temporariamente e a disponibiliza aos internautas, o TJUE entendeu que a Google estava a realizar uma operação de tratamento de dados. Era, por isso, responsável pelo tratamento na aceção da (então) Diretiva 95/46, pois é a Google quem determina os meios e a finalidade da atividade. Trata-se de um tratamento distinto daquele levado a efeito pelo editor de *La Vanguardia*, pois o lesado não se vai dirigir ao jornal pedindo que não indexe a informação, tem de o requerer ao operador do motor de busca, por isso está-se em presença de um direito posterior frente a dados já existentes. Assim, o direito à desindexação é exercido em relação ao operador do motor de busca que deve eliminar a conexão dos resultados da pesquisa. Mas não se vai apagar dados de carácter pessoal de nenhuma página *web*, pois o direito à desindexação apenas impõe que o motor de busca deixe de indexar/conectar o internauta àqueles dados pessoais – ou seja, impõe-lhe que deixe de conectar dados a pessoas concretas.

Nesta medida, o direito à desindexação se distingue do direito ao apagamento pois o último implica que os dados pessoais (informatizados ou não) sejam





conservados apenas por um certo período de tempo, exigindo-se o seu apagamento (ou eliminação, na legislação brasileira) a partir de um prazo adequado às finalidades do tratamento. Por isso não foi propriamente adequada a relação estabelecida entre apagamento e desindexação, bem como a escolha da expressão “direito a ser esquecido” na epígrafe do artigo 17.º do RGPD. Nem sequer o Considerando 66 que antecede as disposições do RGPD ajuda a deslindar o imbróglio, senão vejamos: “Para reforçar o direito a ser esquecido no ambiente por via eletrónica, o âmbito do direito ao apagamento deverá ser alargado através da imposição ao responsável pelo tratamento que tenha tornado públicos os dados pessoais da adoção de medidas razoáveis, incluindo a aplicação de medidas técnicas, para informar os responsáveis que estejam a tratar esses dados pessoais de que os titulares dos dados solicitaram a supressão de quaisquer ligações para esses dados pessoais ou de cópias ou reproduções dos mesmos.”

Apesar da redação algo duvidosa do referido considerando, dele se depreende o entendimento do legislador europeu no sentido de que a desindexação diz exclusivamente respeito a dados pessoais que são processados/propagados e se tornam acessíveis através de motores de busca na internet. Nesta medida, o direito à desindexação não pode ser exercido fora do ambiente eletrónico – o que confirma a hipótese de que, tendencialmente, o desenvolvimento dos meios tecnológicos dá azo a direitos humanos fundamentais que só fazem sentido se protegidos *online*, sendo à partida intransponíveis para o mundo *offline*.<sup>11</sup> De qualquer forma, não deixa de ser curioso que, em resultado da decisão do TJUE no acórdão *Google*, o “esquecimento” que Mario Costeja (supostamente) ambicionava para si próprio teve de sacrificado em benefício da proteção dos direitos humanos fundamentais, pois já ninguém há de “esquecer” que Mario Costeja teve um dia uma querela com a Segurança Social espanhola.

### III

Há atualmente em Portugal a tramitar nos tribunais administrativos várias ações judiciais movidas pela Google contra decisões de deslistagem da Comissão Nacional (portuguesa) de Proteção de Dados (CNPD) a aguardar pela resposta do TJUE no processo *CNIL*. O enredo é sempre o mesmo: *i*) o titular dos dados solicita a desindexação à Google, *ii*) que rejeita a pretensão invocando interesse público, *iii*) o requerente dirige-se então a CNPD que decide num sentido que lhe é favorável, e *iv*) a Google questiona judicialmente a decisão da CNPD.

O que está geralmente em causa é o que a Google entende por interesse público. O problema se prende com uma avaliação um tanto rudimentar que assenta, por

<sup>11</sup> Neste sentido, cfr. Alessandra Silveira, Direitos humanos fundamentais originariamente protegidos *offline*...cit.





exemplo, no facto de ter sido uma entidade pública a publicitar certo dado pessoal – imagine-se a lista de um concurso a um posto de trabalho na função pública. Independentemente de já ter decorrido o prazo de contestação do concurso e de os resultados já estarem definitivamente apurados, a Google tem entendido que o interesse público da informação se mantém pelo simples facto de a entidade que inicialmente publicitou a informação ainda não a ter deixado de disponibilizar *online* – e isso inclusivamente ao arrepio da regra sempre defendida pelas autoridades de controlo (e progressivamente adotada pelo legislador) no sentido de que a Administração Pública não publique listas com dados pessoais com possibilidade de indexação em motores de busca (optando, por exemplo, por plataformas *e-learning*, no caso do ensino superior, para evitar a estigmatização).

Outro problema se prende com a extensão territorial da desindexação – ou com a obrigatoriedade de indexar a informação local ou globalmente. Não tem havido unanimidade entre as autoridades de controlo europeias – não tanto sobre se deveria ou não haver desindexação global, pois quanto a isso há algum consenso, mas sim sobre os limites dos poderes das autoridades de controlo, que as impede de fixar obrigações para além das suas fronteiras. A autoridade de controlo francesa, muito especialmente, está a travar uma cruzada contra a Google neste sentido – o que se revela no processo *CNIL*.

Como já referido supra, o processo principal no qual teve origem o reenvio prejudicial submetido ao TJUE opõe a Google à Comissão Nacional (francesa) da Informática e das Liberdades (CNIL). Com as suas questões prejudiciais, o Conselho de Estado francês pretende saber se *i)* o direito à supressão de uma hiperligação (tal como reconhecido pelo TJUE no seu acórdão *Google* de 2014 com fundamento na então Diretiva 95/46) deve ser interpretado no sentido de que o operador de um motor de busca é obrigado, quando acolhe um pedido de supressão de uma hiperligação, a efetuar essa supressão em todos os nomes de domínio do seu motor, de forma a que as ligações controvertidas deixem de ser exibidas, seja qual for o local a partir do qual é efetuada a pesquisa com base no nome do requerente?; *ii)* em caso de resposta negativa à primeira questão (ou seja, não se configurando uma obrigação de desindexação global), o tribunal nacional pergunta ao TJUE se a obrigação se estende aos nomes de domínio do motor de busca em todos os Estados-Membros da União Europeia?; *iii)* e finalmente o tribunal nacional pretende saber se o motor de busca é obrigado, através da técnica designada por bloqueio geográfico, a suprimir os resultados de pesquisa efetuadas a partir de um endereço IP localizado num dos Estados-Membros da União Europeia, independentemente do nome de domínio utilizado pelo internauta que efetue a busca?

Nas suas Conclusões no processo *CNIL* o Advogado-Geral alertou para que as questões formuladas pelo órgão jurisdicional do reenvio não versam sobre a interpretação das disposições do RGPD e sim da Diretiva 95/46, ainda que o referido



Regulamento tenha revogado aquela diretiva. Na medida em que, conforme o direito do procedimento administrativo francês, a lei aplicável ao litígio é que esteja vigente na data da resolução impugnada, não resta qualquer dúvida ao Advogado-Geral de que a Diretiva 95/46 resulta aplicável ao litígio principal, devendo o TJUE interpretar as disposições de dita diretiva. Todavia, e ainda que a extraterritorialidade da proteção de dados já resultasse da jurisprudência do TJUE proferida com base na Diretiva 95/46,<sup>12</sup> estamos em crer que o TJUE não se vai eximir de aventar as soluções possíveis ou pelo menos ter em conta o novo quadro jurídico introduzido pelo RGPD.

A resistência do Advogado-Geral em admitir a desindexação global reside sobretudo no risco de que a União impedisse o acesso a informações relativas aos seus cidadãos a partir de um Estado terceiro. Permitir a uma autoridade da União que ordene uma retirada de resultados a nível mundial transmitiria, no entendimento do Advogado-Geral, uma mensagem nefasta aos países terceiros – que também poderiam ordenar tal retirada ao abrigo das suas próprias leis. Seria um perigoso precedente para que regimes autoritários exigissem a aplicação mundial das suas decisões de censura àqueles que se encontrem num Estado-Membro da União Europeia. Existiria um risco real de nivelar por baixo, em detrimento da liberdade de expressão, à escala europeia e mundial.

Não se trata de uma preocupação desconsiderável diante do recrudescimento dos populismos nos dias que correm. Mas tendo em conta a evolução da jurisprudência do TJUE neste domínio, o novo patamar de proteção atingido por força da aplicação do RGPD, além das consequências do reconhecimento da proteção de dados como um direito fundamental pela CDFUE – com carácter necessariamente universal –, é defensável que o TJUE reconheça a obrigatoriedade global da desindexação *online*, sobretudo porque os resultados de uma busca *online* não estão necessariamente “armazenados” no território a partir do qual é feita a pesquisa – sendo muito duvidoso que se possa identificar onde efetivamente estão. A atuação da empresa/operadora do motor de busca se exerce num espaço sem fronteiras – como é aquele da internet –, no âmbito do qual o nome de domínio utilizado pelo internauta que efetua a busca (pt, br, fr, etc.) não corresponde a circunscrições territoriais (e jurisdicionais) associadas à soberania estadual. Isto demanda novas soluções para novos tempos.

12 Sobre o âmbito de aplicação territorial da proteção de dados pessoais na União Europeia cfr. Graça Canto Moniz, Finally: a coherent framework for the extraterritorial scope of EU data protection law - the end of the linguistic conundrum of Article 3(2) of the GDPR, in UNIO – *EU Law Journal*, vol. 4. No.2, 2018 (<https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/25>).



# TRABALHO INFANTIL INDÍGENA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DIVERSIDADE CULTURAL

*André Viana Custódio<sup>1</sup>*

*Higor Neves de Freitas<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

O advento da Constituição Federal de 1988 consolidou a teoria da proteção integral como base essencial do Direito da Criança e do Adolescente a partir da legislação internacional e nacional sobre o tema, o que garante a proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil, tendo em vista que crianças e adolescentes são exploradas e submetidas a atividades típicas de adultos.

Muitas dessas crianças são indígenas e além de possuírem particularidades diferentes, vivem em um contexto cultural diverso, o qual sedimenta uma participação de crianças e adolescentes em atividades do seu núcleo familiar desde cedo, mas quando essas atividades se descaracterizam e configuram trabalho infantil violam diversas normas e tratados de direitos humanos e a legislação nacional, tornando necessário o seu enfrentamento.

O objetivo geral da presente pesquisa buscou compreender o estabelecimento da proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil indígena, considerando a diversidade cultural e a universalidade dos direitos humanos. Como objetivos específicos, se buscou contextualizar o contexto do trabalho infantil indígena, sistematizar a proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil indígena, bem como analisar o estabelecimento da proteção jurídica de enfrentamento ao trabalho infantil indígena, considerando a diversidade cultural e a universalidade dos direitos humanos. A pesquisa buscou resolver o seguinte problema: como se estabelece a proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil indígena, considerando a diversidade cultural e a universalidade dos direitos humanos?

- 
- 1 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Coordenador Adjunto e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Endereço eletrônico: andreviana.sc@gmail.com.
  - 2 Mestrando em Direito com Bolsa Proscap Capes Modalidade I pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP), Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC), do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC), do Projeto de Pesquisa sobre Violência Intrafamiliar contra Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas (URCAMP) e do Projeto de Extensão sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS (URCAMP). Endereço eletrônico: freitashigor\_@hotmail.com. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.



O método de abordagem da presente pesquisa foi o dedutivo e o método de procedimento monográfico, desenvolvendo-se o estudo por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

## 2 O contexto do trabalho infantil indígena

A cultura indígena estabeleceu desde cedo uma participação de crianças e adolescentes nas atividades cotidianas como meio de educação e com o objetivo de os preparar para a vida adulta. Nessa oportunidade, os meninos começavam a domesticar pássaros, caçar animais e acompanhar os pais na pesca e na caça, bem como até mesmo a construir canoas junto com os adultos. Já as meninas, por outro lado, acompanhavam suas mães nas tarefas domésticas, que envolvia atividades tais como cuidar dos irmãos, balançar a rede, entre outras (ALTMAN, 2018, p. 234).

As atividades tradicionais do núcleo indígena eram divididas em grupos de idades, cabendo sempre, por exemplo, aos meninos e aos velhos carregar “as armas e a carne para a aldeia, enquanto os caçadores entram na aldeia disputando uma corrida de toras” e “espantar os pássaros das roças no período que precede a colheita”, enquanto “as moças que mastigavam as raízes com que se faziam as bebidas” (MELATTI, 1993, p. 63-64).

Em um breve recorte da história nacional percebemos que entre os séculos XVI e XIX, as crianças filhas de escravos e indígenas foram exploradas pela escravidão juntamente com seus familiares. Destino diverso, porém tangencial, também foi dado aos filhos de trabalhadores livres que ingressavam precocemente na cadeia das variadas atividades produtivas dos cenários urbanos e rurais do Brasil. As principais atividades econômicas da época do Brasil colônia, seja na agricultura ou na mineração, foram desenvolvidas com o emprego da mão-de-obra de crianças, filhos de escravos e indígenas, que eram explorados exaustivamente nas lavouras de cana-de-açúcar, tabaco e milho, além de servirem, também, como empregados domésticos ou vendedores ambulantes nos vilarejos. (NASCIMENTO; COSTA, 2015, p. 134).

Desse modo, gradativamente as tarefas cotidianas foram substituídas pelo trabalho infantil, tanto na escravização, quanto no processo de escambo, que seria a troca de objetos, entre eles, espelhos, tecidos, facas, em troca da mão de obra indígena na extração de pau-brasil, momento no qual muitas crianças e adolescentes indígenas trabalhavam derrubando árvores e as carregando até os locais de embarque dos navios dos colonizadores (COTRIM, 2007, p. 195).



Nota-se que a relação dos índios com a terra é profunda, pois eles se sentem parte dela e com esta vivem e se harmonizam. Entretanto, este modo de viver no decorrer dos séculos sofreu modificações e adaptações para a quase totalidade dos povos indígenas, pois muitas etnias foram expulsas de suas terras. Desse modo, na atualidade, o modo de viver e sobreviver dos indígenas está imensamente diferenciado, com muitos indígenas exilados de seu habitat e de sua cultura. Não é incomum encontrarmos indígenas morando nas margens das estradas, mendigando nas periferias das grandes metrópoles e cidades, viciados em bebidas, exercendo atividade de artesanato [...]. (NASCIMENTO; COSTA, 2015, p. 147).

A histórica exclusão e exploração de crianças indígenas as colocou em condições diferenciadas, tendo maior dificuldade de permanecer na escola em decorrência da exploração do trabalho infantil e situação de pobreza das comunidades tradicionais brasileiras. Nesse raciocínio, vale destacar que dos “grupos etnicorraciais que compõem o elemento humano brasileiro, a população infantil indígena é quantitativamente expressiva e carece de atenção diferenciada, a fim de superar a desigualdade e a exclusão” (NASCIMENTO; COSTA, 2015, p. 138).

Esse envolvimento precoce no trabalho da comunidade, seja tanto na agricultura, quanto no artesanato se enquadra na cultura histórica em defesa do trabalho infantil, presente na cultura ocidental, que define que o trabalho enobrece o homem e sustentam mitos em torno do trabalho infantil, os quais afirmam que “é melhor trabalhar do que roubar”, que “o trabalho da criança ajuda a família”, “que trabalhar desde cedo acumula experiência para trabalhos futuros”, que “é melhor trabalhar do que usar drogas”, ou ainda, que “trabalhar não faz mal a ninguém”, consolidando obstáculos para o enfrentamento ao trabalho infantil e se disseminando até mesmo na cultura indígena (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 82-83).

Entretanto, destaca-se que o trabalho infantil acarreta consequências significativas na saúde, tanto físicas, quanto psicológicas e acarretam até mesmo sequelas ao pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, oportunidade em que as crianças deveriam ter asseguradas as condições básicas e necessárias ao seu pleno desenvolvimento.

Com efeito, as consequências afetam a saúde como um todo, ou seja, afeta diretamente a resistência física, a visão, a audição, a coordenação motora e danifica o desenvolvimento cognitivo e também no próprio desenvolvimento emocional. Além disso, o impacto social de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil é grave, pois afeta as oportunidades sociais e as condições básicas de educação proporcionando um ciclo vicioso que reproduz as condições de desigualdade e pobreza (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 97).

Assim, verifica-se que as crianças e adolescentes indígenas estão em condições sociais precárias e com maior exposição ao trabalho infantil, tendo em vista que



a cultura sedimenta uma conceituação diversa de infância, tanto na formação de família, quanto nas atividades quotidianas de trabalho desde cedo, o que gera uma identidade adulta em um período precoce e prejudica o pleno desenvolvimento, se tornando necessário a construção de mecanismos jurídicos específicos para a proteção contra a exploração do trabalho infantil indígena.

### 3 A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil indígena

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorporou ao ordenamento jurídico nacional a teoria da proteção integral, que garantiu uma proteção especial à criança e ao adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento por meio de uma tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, passou a regulamentar a proteção jurídica da criança e do adolescente, a partir do estabelecimento de uma prioridade absoluta na efetivação de direitos:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990).

Nesse contexto, passou a se construir uma proteção jurídica estabelecida por meio de um reconhecimento da dignidade humana desde a infância, definida em diversos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, entre eles, a





Convenção Internacional dos Direitos das Crianças (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989), o Pacto de São José da Costa Rica (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), as quais estabeleceram o Direito da Criança e do Adolescente como ramo jurídico, oportunidade na qual se passou a reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, o que culminou em um reordenamento nas políticas públicas no Brasil.

Além disso, a Constituição Federal passou a proibir o trabalho perigoso, insalubre ou noturno a pessoas com idade abaixo de 18 anos, bem como qualquer forma de trabalho abaixo de 16 anos, ressalvado a condição de aprendiz, oportunidade em que é permitido o trabalho a partir dos 14 anos (BRASIL, 1988). Nessa linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a abordar sobre condições mínimas para o exercício de atividades de trabalho por adolescentes:

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;

II - perigoso, insalubre ou penoso;

III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;

IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola (BRASIL, 1990).

No mesmo sentido, a Organização Internacional do Trabalho promulgou duas normativas internacionais, quais sejam, a Convenção nº 138 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1973) e a Convenção nº 182 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999), bem como as Recomendação nº 146 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1973) e Recomendação nº 190 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999) com a finalidade de adotar uma política nacional de erradicação do trabalho infantil, elevação progressiva dos limites da idade mínima para o trabalho, bem como ações imediatas para erradicar o trabalho infantil.

Com a finalidade de assegurar toda proteção jurídica da criança e do adolescente, se desenvolveu um Sistema de Garantia de Direitos, que envolve políticas de atendimento, de proteção e de justiça, por meio de uma articulação de entidades governamentais e não governamentais, que constitui instância de controle e efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Convém, entretanto, destacar que a Constituição Federal de 1988 passou a prever, também, uma proteção especial a cultura indígena, no artigo 231, no qual



reconhece que um respeito às suas crenças, tradições, línguas, costumes, bem como sua organização social:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988).

O artigo 215, parágrafo 1º, do texto constitucional, garantiu também um respeito “as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, o Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passa a assegurar direitos a comunidade indígena, bem como o respeito aos seus patrimônios culturais, meios de expressões e valores artísticos (BRASIL, 1973).

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, aborda sobre Povos Indígenas e Tribais e passa a garantir não só uma proteção cultural, mas uma perspectiva de gozo de direitos humanos e liberdades fundamentais a estes (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2004). Já a Convenção sobre os Direitos das Crianças (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989) e a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007) também abordam sobre o respeito a identidade cultural, direitos humanos e às liberdades fundamentais e os protegem contra o trabalho infantil.

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, apesar de garantir o respeito às diferenças advindas de outras culturas, afirma que a diversidade cultural estaria inseparável da dignidade humana, pois “ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001). No mesmo sentido, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005, da Organização das Nações Unidas garante a diversidade cultural e um respeito por todas as culturais, contudo, em seu artigo 2º, aborda sobre o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais afirmando que:

A diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem expressões culturais. 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. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007, [www.ibermuseum.org](http://www.ibermuseum.org)).

Assim, verifica-se a extensa proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil indígena, envolvendo não só a legislação nacional, como ainda tratados e convenções internacionais, o que culmina em uma discussão acerca da aplicação da universalização dos direitos humanos e do alcance dessa normatividade, considerando o contexto da diversidade cultural.

#### **4 O contexto da diversidade cultural no enfrentamento ao trabalho infantil indígena**

A herança histórica de exploração das comunidades indígenas é um dos grandes obstáculos para o enfrentamento ao trabalho infantil. O tradicional envolvimento de crianças e adolescentes nas tarefas cotidianas transformou-se, por conta do processo de expansão do modo de produção capitalista, em formas precárias de exploração do trabalho humano em diversas modalidades, incluindo o trabalho infantil. Mascarado pelo discurso da diversidade, do relativismo cultural e das práticas de colaboração coletiva, crianças e adolescentes indígenas são submetidas as diversas formas de exploração agravadas pela ausência e fragilidade das políticas públicas de atendimento.

Destaca-se que diversas culturas possuem diferentes concepções, valores, costumes, visões de mundo, que acabam sendo questionados por outras formas de cultura, o que torna a conceituação de direitos humanos uma abstração intelectual de um determinado momento histórico e de um específico conteúdo cultural, fato que gera um debate acerca do alcance das normas de direitos humanos (GORCZEVSKI, 2016, p. 30).

Nesse contexto, após decorridos mais de 500 anos da colonização do Brasil, se passou a discutir situações que atingem crianças e adolescentes indígenas quanto “aos direitos humanos e fundamentais à vida, à cultura, à saúde e à educação”, e, principalmente, acerca da exploração da mão de obra das crianças e adolescentes indígenas, as quais perduraram durante o período de colonização e se perpetuam no século XXI, momento no qual as sociedades indígenas se mantêm em uma vulnerabilidade social (NASCIMENTO; COSTA, 2015, p. 137)

Em diversas regiões do Brasil, e em especial na Amazônia, frentes de interesses hegemônicos do modelo capitalista avançaram e continuam avançando, marcaram e continuam marcando com feridas profundas os povos indígenas, pois a força do capital por mais que encontre resistência dos movimentos sociais indígenas e de



organismos internacionais, quase sempre tem prevalecido a qualquer custo. (NASCIMENTO; COSTA, 2015, p. 141).

Contudo, ainda que exista um cenário com diversidades culturais, deve-se atentar que os direitos humanos por meio de seus diversos tratados e convenções protegem as crianças e adolescentes contra a exploração do trabalho infantil e funcionam como uma restrição ao relativismo cultural no cenário internacional. Com efeito, não se pode admitir que diferenças advindas de outras culturas autorizem meios discriminatórios de “proteção à essas crianças ou qualquer outro indígena que labore fora de seu grupo” (MARDERS; REIS, 2016, p. 230).

Nesse raciocínio, Alexy (2014, p. 177) assevera que:

[...] se os direitos humanos não existissem, isso contaria como um forte argumento a favor de formas fortes de relativismo cultural. Do mesmo modo, a existência dos direitos humanos contaria como uma boa razão contra as formas fortes de relativismo cultural. Se os direitos humanos existem, existe então uma base comum do direito que, como decorre do conceito de uma base, poderia muito bem ser compatível em um âmbito considerável com a diversidade cultural.

Os direitos humanos foram fortalecidos com a incorporação de inúmeros pactos e tratados em diversas constituições pelo mundo após a Segunda Guerra Mundial, os quais passaram a positivar os direitos humanos e são definidos por cinco características, entre elas, a sua universalidade, seu caráter fundamental, a sua abstração, o seu caráter moral e a sua prioridade (ALEXY, 2014, p. 173-179). Dessa forma, as diferenças culturais jamais poderão se tornar motivo de justificação de violação de direitos humanos, tendo em vista que os Estados optaram por ratificar os tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, não podendo, assim, se isentar do cumprimento de tais regras (PIOVESAN, 2004, p. 62).

A universalização passou a definir todo ser humano, portanto, como “portador ou titular de direitos humanos” (ALEXY, 2014, p. 177-178), sustentando uma dignidade humana, que é garantida desde a infância, oportunizando uma extensão universal dos direitos humanos, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual passou a garantir a dignidade inerente a toda pessoa humana.

Entretanto, embora existe uma importância quanto ao estabelecimento de uma integração multicultural entre os povos, se tornando significativa a importância de uma manutenção das práticas culturais, em uma perspectiva de sociodiversidade, isso não pode servir como sustentação de atos contra a dignidade humana (SANTOS, 2004, p. 267-268).



Apesar dessa consciência protetiva, o que se observa é que as crianças indígenas continuam a trabalhar como uma forma de interagir com o grupo em que estão inseridas e como modo de agregar maior renda aos seus grupos familiares para suprir as necessidades existentes. Contudo, o trabalho da criança indígena está em desacordo com o que é estabelecido na Constituição Federal, ou seja, de que somente maiores de 16 anos poderiam exercer labor, salvo na condição de aprendiz, desde os 14 anos de idade. (MARDERS; REIS, 2016, p. 227).

Desse modo, os valores morais universais, que devem ser intermediados em sociedades multiculturais, entre eles, a identidade humana, a dignidade humana, a igualdade, os valores humanos, bem como a promoção do bem-estar, devem ser cultivados em todas as sociedades, em consonância com os tratados e convenções de direitos humanos, que visam assegurar o estabelecimento da proteção da criança e do adolescente contra a exploração do trabalho infantil indígena, apesar da diversidade cultural.

Se torna importante, portanto, a sedimentação de políticas com a finalidade de prevenir e erradicar o trabalho infantil indígena, considerando o contexto da diversidade cultural, respeitando tanto as tradições indígenas, e as peculiaridades dessas crianças e adolescentes, tendo em vista que se encontram, muitas vezes, em localidades mais distantes e de difícil acesso, quanto a proteção jurídica e seus direitos fundamentais.

## 5 Conclusões

A exploração do trabalho infantil indígena não se confunde com a participação de crianças e adolescentes em atividades cotidianas consideradas como tarefas. No entanto, a expansão do modo capitalista de produção e suas consequências econômicas coloca as comunidades indígenas em situação de exclusão social, tendo como uma das suas decorrências a acirramento da exploração do trabalho infantil.

Não há apenas uma diferenciação no critério de trabalho, mas também no de formação de família, ou seja, as crianças e adolescentes indígenas passam a se identificar como adultos em um período mais precoce, no qual deveriam estar inseridas em um ambiente que proporcionasse o seu pleno desenvolvimento saudável. Contudo, estes possuem não apenas diferenças culturais, mas uma maior dificuldade de frequentar a escola e acessar os serviços públicos essenciais.

Apesar do ambiente jurídico proporcionar uma extensa proteção jurídica em nível nacional e internacional contra o trabalho infantil, há ainda uma dificuldade em efetivar um enfrentamento ao trabalho infantil indígena, considerando a diversidade



cultural. Entretanto, deve-se atentar que os direitos humanos são universais, portanto, apesar da importância de uma sociedade multicultural, deve-se proporcionar uma proteção da dignidade humana e seus valores morais desde a infância. Assim, a diversidade cultural não poderá ser invocada como forma de violação dos direitos humanos, promovendo-se, assim, o estabelecimento de uma proteção jurídica capaz de compreender a proteção dos valores morais universais e a dignidade humana de crianças e adolescentes indígenas.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALTMAN, Raquel Zumbano. Brincando na história. *In*: PRIORE; Mary Del. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 20 jun. 2019.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm). Acesso em: 20 jun. 2019.
- BRASIL. **Estatuto do Índio**. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em: 20 jun. 2019.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 20 jun. 2019.
- COTRIM, Gilberto. **História global: Brasil e geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CUSTÓDIO, André Viana; VEROSENE; Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba, PR: Multidéia, 2009.
- GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016.
- MARDERS, Fernanda; REIS, Suzéte da Silva. O trabalho infantil indígena sancionado pela diversidade cultural. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 34, p. 218-237, ago. 2016.
- MELATTI, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. São Paulo: HUCITEC, 1993.
- NASCIMENTO, Edmilson; COSTA, Renilda. Indígenas e trabalho infantil: da fronteira étnico-cultural à perspectiva de uma ação institucional diferenciada no Brasil. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 23, p. 129-158, 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**. 2001. Disponível em: <http://www.iber museus.org/wp-content/uploads/2014/07/convencao-sobre-a-diversidade-das-expressoes-culturais-unesco-2005.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 27 jun. 2019.





ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 2007. Disponível em: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_pt.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf). Acesso em: 24 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 29 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. 2001. Disponível em: [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration\\_cultural\\_diversity\\_pt.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf). Acesso em: 29 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego**. 1973. Disponível em: <http://white.oit.org.pe/ipec/pagina.php?seccion=47&pagina=156>. Acesso em: 29 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 29 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 182 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação**. 1999. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 146 sobre a idade mínima de admissão ao emprego**. 1973. Disponível em: <http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/r146.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 190 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação**. 1999. Disponível em: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:1849585729961720::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312528:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:1849585729961720::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312528:NO). Acesso em: 29 jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *In*: BALDI, César Augusto Baldi. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *In*: BALDI, César Augusto Baldi. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



# RELACIONES PÚBLICAS E PRIVADAS: DIMENSIONES POLÍTICAS E JURÍDICAS<sup>1</sup>

(Relatorio presentado no V Seminario Internacional sobre Dereitos Fundamentais e Políticas Públicas, realizado entre a UNISC e a UDC, en A Coruña, os días 08 e 09 de abril de 2019)

José Manuel Busto Lago

## I. LA LLAMADA «ADMINISTRATIVIZACIÓN» Y LA «SOCIALIZACIÓN» DEL DERECHO CIVIL

### 1 La expansión del Derecho administrativo al ámbito privado y su resaca: la «huida del Derecho administrativo»

La llamada «administrativización» y la «socialización» del Derecho civil fue tradicionalmente tratada por los autores provenientes del Derecho civil atendiendo a sus efectos descodificadores (situar sistemáticamente partes materiales del Derecho civil en leyes o normas extramuros del Código Civil). Si bien es cierto que el Derecho civil ha sido la rama del Ordenamiento jurídico que ha ofrecido una mayor resistencia a la erosión de los principios liberales que impregnaron, con toda su virulencia, los Ordenamientos jurídicos decimonónicos europeos, desde las décadas finales del siglo XX se está dejando sentir la influencia del recurso al Derecho administrativo como medio para la realización de políticas de planificación social encaminadas a la tutela y promoción de determinados valores e intereses considerados socialmente como relevantes y que normalmente coinciden con los amparados por la C.E. de 1978<sup>2</sup>. En ocasiones, la realización de esta promoción de valores constitucionales se realiza a través de la intervención de las Administraciones Públicas en ámbitos de actividades tradicionalmente reservados a los particulares, produciéndose del fenómeno conocido como «administrativización» o «socialización» del Derecho privado en general y del Derecho civil en particular<sup>3</sup>.

1 José Manuel Busto Lago. Catedrático de Dereito Civil. Universidade da Coruña (España).

2 .- En este sentido, *vid.* CALVO GARCÍA, M.: «Transformaciones del Derecho civil», *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. J. L. Lacruz Berdejo*, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 1026 y ss.

3 .- *Vid.* GIORGIANNI, M.: «Il diritto privato ed i suoi attuali confini», *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1961 (anno XV), especialmente las págs. 404 y ss.; TORRALBA SORIANO, V.: «El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente (II. El Derecho civil del tiempo presente)», *RGLJ*, T. LXXI, 1975, pág. 351 a 357 («Cuando se habla de "socialización" o "administrativización" del Derecho civil o del Derecho privado en general, se quiere indicar, fundamentalmente que el dominio de la voluntad del particular en el terreno de la economía, consagrado por los Códigos del siglo XIX, viene cada vez más limitado por los poderes públicos. En consecuencia, se ha afirmado que el Derecho privado "socializado" está con el Derecho privado sin adjetivos en una relación semejante a la existente entre la actual economía Keynesiana, dirigida, o del "bienestar" y la economía liberal (GIORGIANNI)»).



En el Derecho español constituyen ejemplos paradigmáticos de este fenómeno la creciente intervención de las Administraciones Públicas en materia de acogimiento y adopción de menores a partir de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que rompe con el modelo privatista de las regulaciones anteriores<sup>4</sup>, en materia de control administrativo de las condiciones generales de la contratación, previsto por la *Ley del Contrato de Seguro* de 1980 (art. 3, pf. 2º) únicamente respecto de este tipo contractual, así como determinadas normas contenidas en la LCGC de 1998, en relación el régimen de control de las condiciones generales de los contratos -en particular el régimen sancionador previsto en el art. 24 y la atribución de legitimación activa ex art. 16.4 a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN) y a los órganos competentes de las CC.AA. (en el caso de Galicia, el IGCC) y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores para entablar las acciones declarativa, de retractación y de cesación de condiciones generales de la contratación-; así como, con carácter general, para el ejercicio de las acciones de cesación en orden a la tutela de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, ex arts. 53 a 56 del TRLGDCU/2007 y, en materia sancionadora, en el caso de infracciones de consumo imputables a empresarios o profesionales, los arts. 46 a 52 del propio TRLGDCU; y, por último, las limitaciones de las facultades del propietario provenientes de la regulación a través de normas de carácter administrativo del suelo y de la edificación a través de diversos títulos de intervención de las Administraciones Públicas en este sector (el ejemplo paradigmático estaría constituido por las previsiones del art. 15 del TR de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana [RDLeg. 7/2015, de 30 de octubre]).

Esta creciente intervención de las Administraciones Públicas en ámbitos tradicionalmente reservados al imperio de la autonomía de la voluntad acaso encuentre una de sus más fundadas explicaciones en el hecho de que constituye una manifestación del desarrollo efectivo del Estado social de Derecho (art. 1.1 de la C.E.) tal como señalaba, en relación con el Ordenamiento jurídico alemán, F. WIEACKER, hace ya un cuarto de siglo. En efecto, el Estado social de Derecho constituye la razón de ser y la justificación de la ampliación de las funciones de la Administración Pública desde la tutela contra determinados riesgos hasta la garantía de determinadas condiciones físicas de existencia de los particulares, de forma que esta función de «seguridad social», en sentido amplio, de las Administraciones Públicas no se manifiesta sólo en el Derecho administrativo y en el constitucional, sino que tiene repercusiones también en el ámbito propio del Derecho privado<sup>5</sup>.

4 .- Vid., entre otros, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *La nueva adopción*, Ed. Cívitas, S.A., Madrid, 1989, págs. 13 y ss.; CALVO GARCÍA, M.: «Transformaciones del Derecho civil», *op. cit.*, págs. 1.027 y ss.; BARBER CÁRCAMO, R.: «La filiación adoptiva», en *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017 (2ª edic.), especialmente la pág. 630.

5 .- Vid. WIEACKER, F.: «Diritto civile e mutamento sociale», en *Diritto privato e società industriale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2001, págs. 58 y ss. En el mismo sentido, LATORRE, A.: *Introducción al Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985 (2ª edic.), pág. 169.



Frente a esta creciente intervención del Estado en la tutela de la autonomía privada -«*actuación moderadora o armonizadora de las libertades individuales*» llevada a cabo por las Administraciones Públicas- se alzan los poderes socioeconómicos que operan el tráfico jurídico defendiendo la libertad y la autonomía. Precisamente frente al abuso de éstos, «los particulares» reclaman el apoyo del Estado a través de instrumentos normativos de tutela. A esta situación en la que concurren dos fuerzas de signo opuesto y que, en última instancia, implica la disminución del alcance de la autonomía privada, se refiere DE CASTRO como la «*aporía de la autonomía privada*», cuya defensa como valor trascendente arranca del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, recogido en el art. 22 de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, elevado a derecho fundamental por el constituyente de 1978 (art. 10.1)<sup>6</sup>.

Por último, resulta obligado terminar estas reflexiones iniciales con la alusión al fenómeno inverso al que hemos tomado aquí en consideración. Nos referimos a la llamada «*huida del Derecho administrativo*» (fenómeno al que también se alude con la correlativa expresión de «*huida al Derecho privado*») de la Administración Pública en el desarrollo de las funciones que le son propias y que encuentra su razón de ser en el afán de ésta de eludir los mayores vínculos y controles que le impone el Derecho administrativo<sup>7</sup>, tal como puso de relieve S. MARTÍN-RETORTILLO y que ha alcanzado una de sus plasmaciones más expresivas en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9046]<sup>8</sup>, seguida por

6 .- Vid. DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, I.N.E.J., Madrid, 1971 (edic. facsímil, Civitas, S.A., Madrid, 1985), págs. 17 y 18 (§.14).

7 .- De la «*huida del Derecho Administrativo*» se comenzó a hablar sobre todo en Europa en las décadas de los años 80 y 90 del pasado siglo, caracterizándola como el desplazamiento hacia el Derecho privado del régimen jurídico regulador de parte de la función pública desarrollada por instituciones de naturaleza privada o pública, con la consiguiente pérdida de influencia del Derecho administrativo; generando una primera respuesta inmediata desde la doctrina y la jurisprudencia de intento de reversión de la huida y recuperación de los dominios del Derecho público que, en el Ordenamiento jurídico español no cristalizaría normativamente hasta entrado el tercer lustro del siglo XXI.

8 .- Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1996 (2ª edic.), especialmente las págs. 199 y ss.; *ibidem*, «Reflexiones sobre la 'huida' del Derecho administrativo», *RAP*, núm. 140, 1996, págs. 25 y ss. Sobre este fenómeno, *vid.* la extensa monografía, RIVERO ORTEGA, R.: *Administraciones Públicas y Derecho privado* (Prólogo de E. RIVERO YSERN), Ed. M. Pons, Madrid, 1998, en cuyas págs. 15 y 16 enuncia las razones que lo explican; así como el clásico estudio en esta materia debido a CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas», *DA*, núm. 58, 1962, págs. 16 a 18; y DEL SAZ CORDERO, S.: «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, núm. 133, enero-abril de 1994, págs. 57 y ss.; LAGUNA DE PAZ, J. C.: «La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo», *RAP*, núm. 136, 1995, págs. 201 y ss.; SALA ARQUER, J. M.: «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *REDA*, núm. 75, 1992, págs. 399 y ss.; BORRAJO INIESTA, I.: «El intento de huir del Derecho Administrativo», *REDA*, núm. 78, 1993, págs. 233 y ss.; PASCUAL GARCÍA, J.: «La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público», en *Presupuesto y gasto público*, ED. IEF, Madrid, núm. 60, 2010, págs. 109 y ss.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: «La vuelta al Derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)», *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, núm. 7, 2005,



la STS, de la misma Sala, de 23 de julio de 2001 [RJ 2001\7661]. Este fenómeno tiene como consecuencia la absorción progresiva de la actividad de las Administraciones Públicas en el ámbito del Derecho privado<sup>9</sup>; si bien las Leyes 39 y 40/2015 parecen reflejar un freno normativo a este fenómeno y una expansión subjetiva y objetiva de la aplicación del régimen de responsabilidad civil propio de las Administraciones Públicas.

Un ejemplo paradigmático de la referida forma de actuación es la representada por los entes creados instrumentalmente por las Administraciones Públicas Sanitarias bajo las formas jurídicas de fundaciones o de sociedades mercantiles -dotados de personalidad jurídica de Derecho privado- al amparo de lo dispuesto en la Ley 15/1997, de 25 de abril (BOE de 26 de abril), por la que se da nueva redacción al artículo único del RD-Ley 10/1996, de 17 de junio<sup>10</sup>, mediante el que se habilitaban nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, contemplándose la posibilidad de constitución de fundaciones de naturaleza o de titularidad pública como forma gestión de los hospitales. Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/1997, estos centros, así como los servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria, pueden ser gestionados y administrados, de forma directa o indirecta, a través de cualquier entidad de naturaleza o titularidad pública admitida en Derecho, con la finalidad de conseguir un mayor grado de flexibilidad y de autonomía en la gestión sanitaria<sup>11</sup>. Las Fundaciones Públicas Sanitarias en el territorio del

págs. 89 y ss.; y TRONCOSO REIGADA, A.: «La huida de la Administración pública hacia el Derecho privado y la privatización de los servicios públicos: consecuencias en el régimen jurídico de los ficheros de datos personales y en la delimitación del responsable y del encargado del tratamiento», *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, 2009-II, págs. 31 y ss.

9 .- A este fenómeno ya aludía GIORGIANNI en 1961 (*vid.* GIORGIANNI, M.: «Il diritto privato ed i suoi attuali confini», *op. cit.*, especialmente las págs. 413 y ss.).

10 .- BOE núm. 147, de 18 de junio.

11 .- En el ámbito estatal, la Ley 15/1997, de 15 de abril, ha establecido la posibilidad de habilitar nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, combinando la ordenación y titularidades públicas con la gestión de acuerdo con el régimen jurídico privado, en la línea de institucionalizar la prestación de servicios públicos, como el sanitario, a través de la creación de entes con personalidad jurídica que se rigen de forma creciente por el Derecho privado y que constituye un ejemplo paradigmático de lo que se ha dado en llamar «*huida del Derecho administrativo*». En desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 15/1997, se ha publicado el RD 29/2000, de 14 de enero, *sobre las nuevas formas de gestión del INSALUD* [BOE núm. 21, de 25 de enero], admitiéndose expresamente como entidades que pueden gestionar los servicios sanitarios, las fundaciones previstas en la Ley 30/1994, de 20 de noviembre, *de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general* [el art. 6.4 de esta Ley afirma, con carácter general la capacidad de las personas jurídicas públicas para constituir fundaciones, sin que esta posibilidad pueda considerarse como una imposición del art. 34 de la CE, que se prevén como un instrumento de participación de los particulares en la realización de actividades de interés general. Por ello la posibilidad de que las personas jurídicas públicas constituyan fundaciones supone una cierta desnaturalización de la institución y abre una peligrosa vía para que se eluda la aplicación de una serie de reglas que constituyen el estatuto jurídico de la persona jurídica pública fundadora (CAFFARENA LAPORTA, J.: «Comentario del artículo 6 de la LF», *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, T. I, Ed. Escuela Libre – M. Pons, Madrid, 1995, pág. 50; PAREJO ALFONSO, L.: «Prólogo» a *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública* de M.





INSALUD han sido calificadas como organismos públicos y reguladas por el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social*. En la CA de Galicia, la Xunta, al amparo de estas previsiones estatales y de la Ley gallega 7/1983, de 22 de junio, *de régimen de las fundaciones de interés gallego*<sup>12</sup>, reformada por la Ley 11/1991, de 8 de noviembre<sup>13</sup>, hizo uso de las fundaciones como forma jurídica de organizar y gestionar distintos centros sanitarios<sup>14</sup>. Estas previsiones normativas han de ser completadas, a fin de acotar el régimen jurídico propio de estas entidades, con las contenidas en la Ley del Parlamento de Galicia, 16/2010, de 17 de diciembre<sup>15</sup>, *de organización y funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia*, cuyo art. 103.2, dispone que «*las sociedades mercantiles autonómicas en ningún caso dispondrán de facultades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas*», y en su art. 115.1, que «*las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma no podrán ejercer potestades públicas*». Entre estos entes –entre los que se encuentran las sociedades mercantiles públicas autonómicas- se incluyen expresamente las fundaciones que estuviesen constituidas mayoritariamente, o en su totalidad, por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma (en el art. 113 de esta Ley se incluyen dentro de su ámbito de aplicación a los efectos de personal y contratación no sólo a las fundaciones constituidas por la Xunta, sino también a las subvencionadas por ella, que serán aquéllas cuyos ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la CA), sujetando la contratación y selección de su personal a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad –similares a los que rigen en la contratación por las Administraciones Públicas- y a la fiscalización de la Intervención General de la CA y del Consejo de Cuentas.

Si bien respecto de algunos de estos entes (señaladamente en el caso de las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de los consorcios y de las sociedades estatales) ha de compartirse la afirmación realizada por MIR PUIGPELAT

---

VAQUER, Ed. M. Pons – UCIII, Madrid / Barcelona, 1999, pág. 14)], los consorcios, las sociedades estatales, las fundaciones públicas sanitarias, así como cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público (art. 3 del RD 29/2000).

12 .- DOG núm. 89, de 20 de julio.

13 .- DOG núm. 219, de 12 de noviembre.

14 .- Son los casos, *v.gr.*, de la «Fundación Hospital de Verín»; «Fundación Pública Hospital Comarcal do Barbanza» (clasificada como de interés sanitario por la Orden de 2-XI-1997 [DOG de 26 de noviembre]); «Fundación Pública Hospital Virxe da Xunqueira» (declarada de interés gallego por la Orden de 26 de noviembre de 1997 [DOG de 1 de diciembre]); y del Decreto 340/1999, de 16 de diciembre [DOG núm. 251, de 30 de diciembre; *rect.* núm. 8, de 13 de enero de 2000], mediante el que se crea la «Fundación Pública Hospital Comarcal de O Salnés».

15 .- BOE núm. 35, de 10 de febrero de 2011. En virtud de esta Ley se deroga la Ley, Parlamento de Galicia, 10/1996, de 5 de noviembre *de actuación de entes y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia, en materia de personal y contratación* (DOG núm. 227, de 20 de noviembre; BOE núm. 309, de 24 de diciembre).





de conformidad con la cual si bien no cabe considerarlos como Administración Pública (a mi juicio lo son indudablemente las fundaciones públicas sanitarias ex arts. 62 y 63 del RD 29/2000, de 14 de enero, de 14 de enero, *sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud*), sin embargo al ser la Administración Pública Sanitaria quien los crea, dota de patrimonio y dirige su actuación, la actividad de estos entes asistenciales *de iniciativa y dependencia públicas* es imputable formalmente a la Administración Pública matriz de los mismos<sup>16</sup> y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil y, por lo tanto, a los actos ilícitos dañosos realizados por el personal a su servicio realizados en la prestación de su actividad propia o con ocasión de la misma es también el previsto en la LRJSP –Ley 40/2015 de 1 de octubre- (arts. 32 y ss.)<sup>17</sup>. La solución de la cuestión relativa al

16 .- Vid., entre otros, MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria (Organización, imputación y causalidad)*, Ed. Civitas, SL, Madrid, 2000, pág. 137. En este mismo sentido parece pronunciarse la generalidad de la doctrina que ha estudiado la responsabilidad de las Administraciones Públicas Sanitarias, v.gr., VILLAR ROJAS, F. J.: *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y límites*, Ed. Praxis, SA, Barcelona, 1996, pág. 99; CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 214 y ss.; GARNICA MARTÍN, M<sup>a</sup> C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 49; RIOBÓ FERNÁNDEZ, J.F.: «Criterios jurisprudenciales del TSJ de Galicia acerca de la responsabilidad civil médica y en especial sobre el consentimiento informado», en *La prestación de servicios sanitarios ante los restos del siglo XXI*, Ed. Aranzadi-UC, Cizur Menor, 2011, págs. 90-91.

En orden a fundamentar esta afirmación hemos de recordar que en la organización administrativa la forma jurídica que se adopte es instrumental, de manera que, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada. Entre otras, SSTS, Sala 4<sup>a</sup>, de 9 de junio de 1988 [RJ 1988\5259], Sala 1<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 1990 [RJ 1990\9895], Sala 3<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 1996 [RJ 1996\6787], es posible *levantar el velo* de los entes instrumentales en orden a determinar su responsabilidad civil (vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Ed. Civitas, SA, Madrid, 1997 [4<sup>a</sup> edic.], especialmente las págs. 555 y ss., relativas al levantamiento del velo en el orden contencioso-administrativo). Por su parte, la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 2003 [RJ 2003\4208] destaca lo dispuesto en la DA 1<sup>a</sup> del RPRP, precisando que las reclamaciones de responsabilidad frente a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños ocasionados por, o con ocasión de, las asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en la LRJAPyPAC (actualmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público*) y en el RPRP, respectivamente.

17 .- Con anterioridad a su entrada en vigor, ex DA 12<sup>a</sup> de la LRJAPyPAC, en la redacción que le dio la Ley 4/1999. La sujeción al régimen sustantivo y procedimental propio para exigir responsabilidad *patrimonial* a las Administraciones Públicas de las fundaciones sanitarias públicas resultaba innegable de acuerdo con lo que resulta de lo dispuesto en la DA 1<sup>a</sup> del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el *Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (BOE núm. 106, de 4 de mayo; rect. errores BOE núm. 136, de 8 de junio) y, en el momento presente, de lo dispuesto en el art. 35 de la LRJSP/2015. En esta norma -derogada, con efectos de 2 de octubre de 2016, por la DD única.2.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre- se sujetaba al régimen jurídico establecido para la Administración Pública, la responsabilidad civil en que puedan incurrir no sólo las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, fuesen éstas estatales o autonómicas, sino también las «*demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria*». El precepto fue llevado a la DA 12<sup>a</sup> de la LRJAPyPAC por la Ley 4/1999 de reforma de ésta, añadiendo en su ámbito de aplicación a los centros privados concertados. Resulta indudable que, entre estas entidades de prestación de servicios sanitarios,



régimen de responsabilidad civil al que están sometidos los actos ilícitos dañosos imputables a las antedichas entidades prestadoras de servicios sanitarios sujetas al Derecho privado es entonces idéntica a la que expresamente se previene en las leyes autonómicas en las que pese a configurar estas entidades sujetas al Derecho privado establecen expresamente la sujeción de las mismas al régimen propio de la responsabilidad administrativa, como son los casos, *v.gr.*, de la Ley 15/1990, de 15 de julio, Parlamento de Cataluña, *de Ordenación Sanitaria* (arts. 4.2 y 60 –atinente al régimen de responsabilidad del Servicio Catalán de la Salud y de las autoridades y funcionarios que prestan en él sus servicios-); de la Ley 8/1997, de 26 de junio, Parlamento de Euskadi, *de Ordenación Sanitaria* (art. 21.3, a tenor del cual «*el ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud se sujetará al Derecho público, agotando, en su caso, sus actos la vía administrativa, cuando ejerza potestades administrativas por atribución directa o delegación, así como en cuanto a su régimen de patrimonio y en materia de responsabilidad patrimonial ante terceros por el funcionamiento de sus servicios*»)- o del art. 20 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, *de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid*<sup>18</sup>.

## 2 Los mecanismos normativos limitativos de la «huida del Derecho administrativo»

Las recientes reformas del régimen jurídico del sector público y del régimen de contratación pública han dado respuesta a las voces que reclamaban, por diversas razones, poner coto al fenómeno de la «huida del Derecho administrativo». En particular, la LRJSP/2015 establece un mayor control para la transformación de organismo autónomo en sociedad mercantil estatal o en fundación del sector público, con el fin de evitar el fenómeno de la huida de los controles del Derecho administrativo, exigiendo la elaboración de una memoria que lo justifique y un informe preceptivo de la Intervención General de la Administración del Estado. En cambio, la LRJSP facilita la transformación de sociedades mercantiles estatales en organismos autónomos, que están sometidos a controles más intensos. De conformidad con lo señalado en su Exposición de Motivos, la finalidad es la sistematizar y mejorar el régimen jurídico vigente hasta la fecha de su entrada en vigor en el ámbito estatal atendiendo a los siguientes criterios: 1º) Preservar los aspectos positivos de la regulación de los distintos tipos de entes, de modo que se favorezca la programación de objetivos,

---

se encuentran las Fundaciones hospitalarias –tanto las del INSALUD, como las de los distintos servicios autonómicos de salud- y ello aunque formalmente adopten la forma de personas jurídicas privadas. En este sentido se pronuncia, de manera rotunda, VAQUER CABALLERÍA, M.: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública (La reforma de los servicios públicos sanitarios)*, Ed. M. Pons – UCIII, Madrid / Barcelona, 1999, pág. 66.

18 .- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Ed. Thomson - Civitas, Cizur Menor, 2012 (6ª edic.), págs. 267 y 269.



el control de eficacia de los entes públicos y el mantenimiento de los estrictamente necesarios para la realización de las funciones legalmente encomendadas al sector público. 2º) Suprimir las especialidades que propiciaban la exclusión de la aplicación de controles administrativos que deben existir en toda actuación pública, en lo que constituye la finalidad prístina de la «*huida del Derecho administrativo*». La Ley 40/2015 pretende que la flexibilidad en la gestión resulte compatible con los mecanismos de control de la gestión de fondos públicos. 3º) Dedicar suficiente atención a la supervisión de los entes públicos y a su transformación y extinción, cuya previsión no había demandado, ni había sido objeto de un régimen jurídico específico. Con ello se pretende dar respuesta a una de las principales carencias de la legislación anterior cual era la ausencia de una verdadera evaluación externa a la entidad, que permita determinar si sigue siendo la forma más eficiente y eficaz posible de cumplir los objetivos que persiguió su creación y que proponga alternativas en caso de que no sea así.

Adicionalmente, el artículo 35 de la LRJSP/2015 mantiene el régimen de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas en lo que se refiere al carácter directo de ésta por los daños y perjuicios causados por el personal a su servicio, aun cuando actúe en relaciones de Derecho privado, y en lo que se refiere a la exigencia de esa responsabilidad conforme a los principios de la responsabilidad civil, antes recogidos en el art. 139 de la Ley 30/92, y ahora en el art. 32 de la LRJSP. Lo que añade la norma vigente es la extensión de este régimen de responsabilidad civil, directa y objetiva, a los casos en los que la Administración Pública actúe en relaciones de Derecho privado, no a través del personal a su servicio (que también, caso acogido en el régimen anterior) sino a través de una entidad de Derecho privado, e incluso cuando concorra con sujetos de Derecho privado o la responsabilidad civil se exija directamente a la entidad de Derecho privado, a través de la que actúe la Administración Pública o a la entidad que cubra su responsabilidad. Esta última precisión se acomoda a la introducida en virtud del artículo 2.e) de la LJCA en la reforma llevada a cabo por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, con la finalidad de conseguir la unidad jurisdiccional cuando se trata de reclamaciones de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, con independencia de cuál sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que se derive, no pudiendo ser demandadas por este motivo ante los juzgados o tribunales de orden jurisdiccional civil –o, en su caso, social- «*aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad*». En el Derecho emanado del Parlamento gallego, el art. 37.2 de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de *garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración*, establece que «*en los casos de gestión directa del servicio a través de otras entidades instrumentales del sector público diferentes de las expresadas en el apartado anterior (en referencia a los servicios prestados a través de entidades privadas instrumentales) y en los casos de gestión indirecta del servicio, las relaciones de las personas usuarias con el prestador del servicio tendrán naturaleza*



*jurídico-privada (...)*». A pesar de dotar a estas relaciones de una naturaleza jurídico privada, la Ley del Parlamento de Galicia somete al Derecho administrativo -como también resulta, conforme a lo ya afirmado del art. 35 de la LRJSP/2015- el régimen de responsabilidad civil derivada de la prestación de los servicios públicos. El artículo 40.1 de la Ley gallega 1/2015 permite al usuario perjudicado dirigir directamente su reclamación o la acción indemnizatoria a la Administración Pública autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la LRJSP/2015.

Este retorno al Derecho administrativo, frente a la progresiva extensión del fenómeno conocido como «*huida al Derecho privado*» ha encontrado su argumentación teórica y dogmática en algunas voces críticas provenientes incluso de autores que se pueden incardinar dentro del moderno pensamiento liberal (*v.gr.*, HERRERO DE MIÑÓN y ARIÑO ORTIZ). En esta línea de pensamiento crítico ante el fenómeno aludido, LEGUINA VILLA precisaba, ya hace un par de décadas, algunos límites al mismo, en los siguientes términos<sup>19</sup>:

1º.- En primer lugar, pone de relieve que el hecho de que la C.E. no establezca una reserva general de Derecho administrativo ni determine una correspondencia necesaria entre sujetos públicos y Derecho público no significa tampoco que el legislador carezca de límites constitucionales. Entre éstos, señala los que afectan a determinadas instituciones y a ciertos poderes de la organización administrativa (todos los que impliquen ejercicio de autoridad)<sup>20</sup>, los que afectan a bienes de dominio público y comunales (sometidos por mandato constitucional -art. 132- a un régimen jurídico exorbitante) o los que afectan a la regulación de la función pública.

2º.- Los impuestos por el Derecho de la UE al establecer reglas especiales de naturaleza pública para la selección de contratistas y la celebración de ciertos contratos de obras y suministros, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, del ente que contrata.

19 .- Vid. LEGUINA VILLA, J.: «Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo», *RJN*, núm. 19, enero/julio de 1995, págs. 9 a 13.

En esta línea de pensamiento, RIVERO ORTEGA señala expresamente que «*la definición de nuestro Estado como social y democrático de Derecho nos indica las restricciones generales de la instrumentalización del Derecho privado. En el caso de que esta forma de proceder promueva una minoración de las garantías del Estado de Derecho, un debilitamiento del control parlamentario sobre el poder ejecutivo o la imposibilidad de persecución de las finalidades sociales contempladas por la Constitución, se hará necesario declarar la incompatibilidad de esta metodología de actuar administrativo con el modelo de Estado, ya que cualquier situación de inadecuación entre Administración pública y Constitución impone una reforma administrativa ante la "...imperatividad de la eliminación de toda discrepancia entre el orden constitucional y el estatuto orgánico y de funcionamiento de la Administración"*» (cfr. RIVERO ORTEGA, R.: *Administraciones Públicas y Derecho privado*, op. cit., págs. 23 y 24; la frase con la que concluye la cita es de L. PAREJO ALFONSO [*Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, pág. 21]).

20 .- Expresamente RIVERO ORTEGA señala que «*nuestro Derecho exige, como regla general, el uso de forma pública de personificación para ejercer potestades administrativas*» (vid. RIVERO ORTEGA, R.: *Administraciones Públicas y Derecho privado*, op. cit., págs. 134 y ss.).



En relación con esta consideración, ya el *Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública* del año 2004, señalaba que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como poder adjudicador, es decir, como entidad sujeta por la ley de contratos públicos. Como se pone de manifiesto en las Conclusiones del Abogado General Sr. ALBER presentadas el 7 de noviembre de 2002 en el asunto C-283/00 (Comisión vs. España), si fuese decisivo a qué rama del Derecho está sujeto el organismo según las disposiciones nacionales, las autoridades de un Estado miembro podrían eludir fácilmente la aplicación de las Directivas sobre contratos públicos. La STJUE de 16 de octubre de 2003, dictada en el asunto referido, en relación con la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. atendiendo a la argumentación del Abogado General ya referida, «*bastaría con crear una sociedad, por ejemplo, una sociedad anónima de suministros, sujeta únicamente al Derecho privado, y prever como objeto social el suministro de mobiliario de oficina, papel, etc., a las autoridades estatales. Aunque el Estado sería accionista único y podría influir en todas las decisiones de la sociedad anónima de suministros, no estaría obligado a publicar anuncios de licitación, porque la sociedad anónima de suministros no estaría sujeta al Derecho público, sino al privado*».

La nueva regulación aplicable a los entes públicos, fruto de las vigentes LRJSP/2015 y del LCSP, limita, de manera clara, la técnica de la privatización de las formas que hasta ahora propiciaba la denominada «huida del Derecho Administrativo». Esta nueva regulación, en línea con las previsiones del Derecho de la UE, en particular reduce la inseguridad jurídica derivada de los múltiples procedimientos previstos en las distintas instrucciones internas de contratación aplicables a los poderes adjudicadores y a las entidades públicas con carácter mercantil o industrial, permitiendo hablar de la cercenación del referido fenómeno de la «huida del Derecho Administrativo».

3º.- En los casos en que una actividad de la Administración se lleva a cabo con arreglo a fórmulas organizativas o a normas de prestación jurídico-privadas, las decisiones de optar por tales fórmulas o de establecer relaciones jurídicas de esta naturaleza, se configura como un acto separable y, por tal razón, se regirán por normas jurídico-públicas y serán controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los efectos de la calificación de un contrato celebrado por una Administración Pública y un particular, como administrativo o como privado, se manifiestan tanto respecto de su régimen sustantivo, como en su aspecto adjetivo o procesal. En cuanto al primero de estos ámbitos, atinente al régimen jurídico del contrato, mientras que los administrativos se rigen por las disposiciones propias de la Ley reguladora de los contratos del Sector Público –actualmente, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de *Contratos del Sector Público*- y concordantes, los contratos privados están sujetos a un régimen jurídico diversificado en tanto en cuanto mientras que los actos





de preparación y adjudicación se someten a la disciplina propia de los contratos administrativos, lo que supone, cuando se trata de un contrato celebrado por una Administración Pública, la aplicación de la legislación que regula la formación y adjudicación de este tipo de contratos (ex arts. 26 y concordantes de la LCSP); el régimen de eficacia, cumplimiento y extinción está regido por el Derecho privado (art. 26.3.II de la LCSP). En virtud de la aplicación de la conocida doctrina de los «*actos jurídicos separables*», el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con esta última cuestión se atribuye a la jurisdicción civil, mientras que de los litigios derivados de los actos de preparación y adjudicación del contrato conoce la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>21</sup>.

Las sucesivas Leyes reguladoras de los contratos del sector público recibieron aquel criterio funcional, si bien lo perfeccionarían en el sentido indicado por la doctrina, calificando como contratos administrativos aquellos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y servicios públicos del Estado, así como los definidos expresamente por la Ley como tales y todos aquellos que estén vinculados al *giro o tráfico administrativo* de la Administración contratante o vengan a satisfacer, de una forma directa o inmediata, una finalidad pública enmarcada dentro de las específicas competencias de aquélla (art. 25.1.b de la LCSP). Frente a estos, los restantes contratos celebrados por una Administración Pública tienen la consideración de *contratos privados*, ejemplificando, la propia LCSP, con la cita de los contratos concertados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II de la referida Ley, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del art. 19; sin que pueda considerarse en ningún caso que esta enumeración determina la existencia de un *numerus clausus*. Así las cosas, tendrán la naturaleza de contratos privados de las Administraciones Públicas todos aquellos contratos que no reúnan los requisitos exigidos en orden a ser calificados como contratos administrativos a tenor de lo dispuesto en el art. 19 de la LCSP. El análisis de las resoluciones jurisprudenciales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (v.gr., STS de 10 de marzo de 1999 [RJ 1999\2892]) revela la tendencia de los órganos de este orden jurisdiccional a calificar como administrativos únicamente los contratos celebrados por una Administración Pública cuando aprecian como subyacente la presencia de una finalidad o un interés general (en la constatación de su existencia se funda el Informe 5/1996, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o la STS, 3ª, de 17

21 .- Sobre la conocida como «*doctrina de los actos separables*», vid., entre otros, GARCÍA-TREVIJANO Fos, J. A.: «Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local», *REVL*, núm. 87, 1956. Sobre el significado de la doctrina en la actualidad, vid. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: «Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *REDA*, núm. 95, julio/septiembre 1997, especialmente las págs. 398 y ss.





de julio de 1995 [RJ 1995\5856]), entendidas éstos en un sentido que incluye los supuestos del destino a la satisfacción de un interés general o a la prestación de un servicio público del bien objeto del contrato.

Pues bien, la calificación como privados de los contratos suscritos por las Administraciones Públicas supone que el orden jurisdiccional competente para resolver las controversias que se susciten entre las partes, como consecuencia del incumplimiento o de la extinción de los mismos, sea el civil, sin perjuicio de que los actos administrativos dictados en la fase de preparación y de adjudicación de los mismos pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ello de conformidad con los postulados de la ya aludida doctrina de los «actos separables» -o, en expresión más precisa, «*actos administrativos separables del contrato privado*»- (esta doctrina ha sido acogida por el ATS, Sala 3ª, de 17 octubre 1961 [RJ 1961\3677] y por las SSTs, 3ª, 4 febrero 1965 y 15 marzo 1965 [RJ 1965, 2571, 1648], siendo aplicada, entre otras, en las SSTs, Sala 3ª, 11 diciembre 1974 [RJ 1974\4855], 19 octubre 1981 [RJ 1981\4484], 16 junio 1986 [RJ 1986\3616], 23 enero 1987 [RJ 1987\1978], 31 octubre 1988 [RJ 1988\8282] y 28 febrero 1994 [RJ 1994\1465]). En este sentido se ha pronunciado expresamente, entre otras, la STS, Sala 1ª, de 2 de diciembre de 2002 [RJ 2002\10419] –cuya doctrina es aplicada, *v.gr.*, por el Auto de la AP La Rioja, Sección 1ª, de 18 de noviembre de 2003 [JUR 2004\27705]-; así como la STS, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2008 –dictada en el recurso de casación 598/2001- [RJ 2008\4160], en la que expresamente se declara la competencia de la jurisdicción civil para conocer de una reclamación de cantidad derivada de un contrato privado de arrendamiento de servicios celebrados por una empresa pública –en el caso resuelto por la citada STS, el «Instituto Madrileño de Desarrollo (IMADE)»-.

La «huida del Derecho administrativo» es considerada también como un factor de oportunidad delictiva (contexto delictivo) para la comisión de ilícitos penales característicos de la corrupción administrativa<sup>22</sup>.

## II.- LA EFICACIA DE LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS EN EL ÁMBITO JURÍDICO PRIVADO: UNA EXIGENCIA DERIVADA DE LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Con frecuencia, un mismo ámbito material es objeto de toma en consideración por normas de Derecho privado y de Derecho público, estableciendo una duplicidad de regulaciones que parten de la toma en consideración de los intereses privados y públicos que han de ser objeto de tutela; si bien existen otras razones adicionales para justificar la concurrencia de ambas técnicas de protección, como son la ineficacia

<sup>22</sup> .- Puede verse, *v.gr.*, GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J.: «La “huida del Derecho administrativo” como factor criminológico», en *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 16, 2016, págs. 375 y ss.



de las sanciones civiles, si se toman en consideración los costes que su puesta en marcha implica, frente a las posibles ventajas que las mismas representarían para el actor; así como la función de prevención general que cumplen, en mayor medida, las sanciones administrativas que las estrictamente privadas.

Paradigmáticamente las relaciones de consumo constituyen uno de estos ámbitos objetivos o materiales –a la previsión de la manera de satisfacer intereses privados, en caso de vulneración de derechos o intereses legítimos de esta naturaleza, se superpone la tipificación, como ilícito administrativo, de la conducta que ha provocado tal vulneración, resultando así acreedora de una sanción de naturaleza administrativa o propia del Derecho público, ordinariamente en forma de multa<sup>23</sup>-, pero no son el único ejemplo de esta duplicidad de tutela, que se produce también en relación con el derecho de propiedad, en el ámbito del Derecho *antitrust* e, incluso, *v.gr.*, en el ámbito propio de las relaciones de Derecho de familia y, en particular, en lo que afecta a la protección de los menores en situación de desamparo. En todo caso la premisa de que ha de partirse consiste en que sanción de nulidad<sup>24</sup> que contempla el art. 6.3 del CC es compatible con sanciones de otra naturaleza y, en particular las propias de las normas de Derecho público, como pueden ser las penas, las multas administrativas, las prohibiciones de contratar, etc.<sup>25</sup>. Claro está que, como precisa CARRASCO, afirmar la compatibilidad entre la nulidad y la previsión de otro efecto distinto para el caso de contravención de la norma imperativa no aclara nada en relación con los supuestos en los que la previsión expresa de este efecto distinto conlleva una implícita declaración de validez del negocio que contraviene aquélla, en el ámbito jurídico-privado, debiendo ser resuelta esta cuestión de la interpretación de la norma

23 .- Así, *v.gr.*, los defectos en la prestación de bienes y servicios, además de fundar las acciones civiles de cumplimiento, son sancionables por las Administraciones Públicas competentes en materia de consumo. Es lo que sucede en los arts. 49 y ss. del TRLGDCU –en virtud de los que se sanciona cualquier infracción a lo previsto en el TRLGDCU, aunque se trate de incumplimiento de deberes contractuales- y también en los arts. 3.1.3 y 3.1.4 del RD 1945/1983, de 22 de junio, *por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria*, preceptos que facultan a la Administración para imponer sanciones por las informaciones engañosas, los defectos de calidad, cantidad, etc., de los productos y servicios. Lo mismo sucede con el daño producido a la salud de un consumidor. Éste dispone de una acción de resarcimiento (*ex arts.* 1101 ss. y 1902 CC y 135 y ss. del TRLGDCU) y, además, la conducta dañosa constituye un ilícito sancionable por la Administración (arts. 49.1.b del TRLGDCU y 2.1.2 del RD 1945/1983, sobre infracciones y sanciones en materia de consumo).

24 .- Se acoge el concepto de «sanción de nulidad», en el sentido empleado por DE CASTRO, como sanción de actos y negocio contrarios a normas jurídicas de carácter cogente, en el sentido del art. 6.3 del CC (*vid.* DE CASTRO y BRAVO, F: *Derecho civil de España, op. cit.*, págs. 533 y ss.). Una crítica a la utilización de esta expresión puede verse en DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «¿"Sanción de invalidez" Los conceptos de invalidez y de sanción?», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (J. DELGADO, Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 89 y ss. Para este autor, la nulidad –la invalidez en general- no es una sanción, sino el resultado de que el sujeto no haya ejercido el poder de autonomía que le confiere el Ordenamiento de manera acorde con los cauces y los límites que en éste se establecen.

25 .- Afirmación realizada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, S.A., Madrid, 2017 (7ª edic.), pág. 61.



jurídico-pública o administrativa vulnerada, pues la mayor parte de estas normas, de carácter cogente, prevén algún tipo de efecto para el caso de su contravención<sup>26</sup>. La jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del TS parece haber abandonado la doctrina consistente en «vincular la competencia jurisdiccional a la naturaleza sustantiva de la norma» y ello porque esta doctrina, que con razón rechaza, ahora, el Tribunal Supremo por «trasnochada», pero que ha sido y es empleada por los jueces y por la doctrina científica en multitud de ámbitos materiales (v.gr., las normas que establecen limitaciones o prohibiciones respecto de la transmisión de una vivienda de protección oficial o de una oficina de farmacia, o que un determinado juego es ilícito en el marco de una CA), da lugar a una incoherente y contradictoria concepción del Ordenamiento jurídico en el que una conducta se considera irrelevante o permitida, o bien ilícita y digna de sanción, según sea el orden jurisdiccional al que esté atribuida la competencia para enjuiciarla<sup>27</sup>. Razonable parece considerar que lo que es ilícito de conformidad con una norma que forma parte del Ordenamiento jurídico, sea ésta de Derecho público o de Derecho privado, es ilícito en todos los sectores de ese mismo Ordenamiento. Que de esa ilicitud deba seguirse, o no, la sanción de nulidad de pleno derecho establecida, como sanción general en defecto de la previsión expresa de otra, por el artículo 6.3 del CC para el negocio que incurre en ella es una cuestión de interpretación de la *ratio* de la norma infringida como señala CARRASCO<sup>28</sup> pero, «per se», el hecho de que la norma sea de Derecho público o de Derecho privado ni impide ni avala necesariamente la procedencia de la sanción de nulidad «*ipso iure*».

En efecto, la trascendencia jurídico-privada de las normas de Derecho público y, en particular de las normas de Derecho administrativo ha resultado reforzada en fechas recientes merced a un cambio en la doctrina jurisprudencial del TS que merece

26 .- CARRASCO PERERA, Á.: «Comentario del art. 6.3 del CC», en *Comentarios al CC y a las Compilaciones forales*, T. I, Vol. 1º (M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, Dirs.), Edersa, Madrid, 1992, pág. 822.

27 .- De esta doctrina jurisprudencial que parece empezar a superarse constituyen ejemplos paradigmáticos los pronunciamientos de la Sala de lo Civil de TS en sus Sentencias de 3 de septiembre de 1992 [RJ 1992\6882] (y otras posteriores que la siguen, v.gr., las de 14 de octubre de 1992 [RJ 1992\7557] y de 4 de mayo de 1994 [RJ 1994\3562]) que declara la validez de la venta de una VPO por precio superior al máximo fijado legalmente, de 26 de abril de 1995 [RJ 1995\3257], que no estima nula una disposición testamentaria que conculca las normas administrativas sobre la cesión de comisión de negocio de lotería; la ISTS de 17 de octubre de 1987 [RJ 1987\7293], de acuerdo con la cual la contravención de las normas reguladoras de la actividad de farmacia no constituye causa suficiente para decretar la nulidad de los pactos privados de la división de beneficios de un negocio de farmacia heredado; y más recientemente, la STS de 17 de julio de 2008 [RJ 2008\5666] que ratifica la validez de un contrato de arrendamiento de servicios médicos contraviniendo las normas administrativas de incompatibilidad entre ocupar un puesto público y la realización de actividades profesionales privadas y que se analiza, pro imperativo del principio procesal civil de congruencia, no desde la perspectiva del art. 6.3 del CC, sino desde la ofrecida por la causa, con fundamento en el art. 1275 del CC. Sobre esta última STS, *vid.* CARRASCO PERERA, Á. y LYCZKOWSKA, K.: «Sentencia de 17 de julio de 2008: arrendamiento de servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita», *AJA*, núm. 781, 2009 (y también en *CCJC*, núm. 80, 2009).

28 .- CARRASCO PERERA, Á.: «Comentario del art. 6.3 del CC», *op. loc. ult. cit.*



ser destacado y ponderado, a tenor del cual se ha dotado de eficacia en el ámbito de las relaciones sometidas al imperio de la autonomía privada a normas calificadas como de Derecho administrativo, de manera que a la sanción de esta naturaleza que prevean para el supuesto de hecho que contemplan, se superpone la posible nulidad del negocio jurídico de contravención, con fundamento en la previsión general del art. 6.3 del CC, lo que redundará en la unidad y coherencia del Ordenamiento jurídico, proscribiendo que la ilicitud jurídico-pública o administrativa de constriña a este ámbito, para mantener la licitud en el ámbito jurídico-privado<sup>29</sup>. En consecuencia, el hecho de que la norma administrativa establezca una sanción administrativa para el caso de contravención de la misma, guardando silencio sobre la eficacia o ineficacia de los negocios jurídicos-privados, no excluye este efecto. De esta manera es necesario revisar la afirmación doctrinal de que la sanción de nulidad no se reputa aplicable a los supuestos de normas administrativas, imperativas o prohibitivas (normas de «*ius cogens*») que se argumentaba con cita de diversas Sentencias de la Sala de lo Civil del TS, por estar prevista, para estos casos una sanción diversa<sup>30</sup>. La doctrina jurisprudencial que seguidamente se comenta no precisa, sin embargo, requisito alguno en relación con el rango normativo de la norma administrativa infringida, si bien en todos los casos que se enuncian, se trataba de normas de rango legal<sup>31</sup>. En consecuencia, la infracción de normas autonómicas de naturaleza administrativa, en particular si se trata de normas de rango legal, habrán de provocar aquella misma consecuencia jurídica –así sucede en el caso resuelto por la STS de 31 de octubre de 2007 [RJ 2007\8644], en la que la nulidad del contrato se funda en la infracción de la Ley de Cooperativas de la CA de Andalucía de 1985-, si bien ha de matizarse esta afirmación en relación con normas autonómicas de rango legal dictadas al amparo de títulos competenciales tales como la protección de los consumidores, la ordenación del comercio interior, el urbanismo y la vivienda, etc., respecto de los que diversas Sentencias del TC han excluido que puedan determinar consecuencias jurídico-privadas tales como la nulidad o anulabilidad de los contratos. En efecto, a la luz de la doctrina del TC sobre la competencia de las CCAA en materia de fijación de las consecuencias civiles de las normas que dicten en ejercicio de su competencia (*v.gr.*, especialmente la STC

29 .- En este sentido, expresamente, PEÑA LÓPEZ, F.: «Juego y apuesta. Peñas y participaciones de lotería», en el Capítulo 16 del *Tratado de contratos* (R. BERCOVITZ, Dir.), T. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (2ª edic.), págs. 4236 y ss.

30 .- Así, *v.gr.*, RODRÍGUEZ MORATA, F. A.: «Comentario del art. 6 del CC», en *Comentarios al Código civil* (R. Bercovitz, Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009 (3ª edic.), pág. 62; y, con cita de la referida doctrina jurisprudencial, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Comentario del art. 6 del CC», en *Comentarios al Código civil*, T. I (Título Preliminar) (J. RAMS ALBESA y R. Mª MORENO FLÓREZ, Coords.), J. Mª Bosch Ed., Barcelona, 2000, págs. 195 y 196.

31 .- En línea con esta afirmación, GARCÍA GARCÍA pone de manifiesto la escasa preocupación de la jurisprudencia por el rango de las normas imperativas, de naturaleza administrativa, infringidas en orden a cuestionar la validez de los contratos celebrados con infracción de las mismas. *Vid.* GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Reserva de ley y Derecho civil. Las funciones de las normas reglamentarias en el Derecho civil*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2006, pág. 224.



62/1991, de 22 de marzo, con respecto al art. 22 del Estatuto Gallego del Consumidor)- permitiría cuestionar la adecuación constitucional de estas normas.

En los epígrafes que siguen se da cuenta de los tres ámbitos materiales más relevantes en los que ha tenido aplicación aquella nueva doctrina jurisprudencial, a tenor de la cual el hecho de que una norma administrativa –o penal- establezca una específica sanción para el caso de contravención no excluye la nulidad del negocio jurídico, por ilicitud de la causa o del objeto que se argumente precisamente en aquella norma, no permitiendo el tenor del art. 6.3 del CC alcanzar soluciones diversas, partiendo de una interpretación literal del mismo. Con carácter previo a la exposición y somero análisis de los tres supuestos que se mencionan, merece una precisión la forma de producción de la doctrina jurisprudencial civil que de ellas resulta y que es fruto de un nuevo modo de hacer de la Sala de lo Civil del TS desde la presidencia del mismo por Xiol Ríos. Este nuevo modo de hacer consiste en que, con apoyo legal en la previsión del art. 197 de la LOPJ, se somete a resolución del Pleno de la Sala aquellos recursos de casación respecto de los que se considera que la Sentencia que se dicte ha de estar dotada de una especial solidez, especialmente cuando se decide sobre cuestiones que han recibido respuestas diversas por el propio TS, por diversos órganos jurisdiccionales de instancia –funciona entonces como un mecanismo de unificación de doctrina- o resultan especialmente controvertidas en la doctrina<sup>32</sup>. Es cierto que del art. 197 de la LOPJ no puede derivarse que las Sentencias dictadas por el Pleno de la Sala de lo Civil tengan un efecto especial, pero lo que sí propicia esta forma de proceder es que los operadores jurídicos consideren que se trata de una doctrina dotada de una mayor estabilidad que la que resultaría de una Sentencia dictada por tres Magistrados de la Sala<sup>33</sup>.

La nulidad de los negocios jurídicos privados que contravengan normas «*administrativas*» imperativas, por ilicitud de la causa o del objeto, aun cuando éstas contemplen una sanción de esta naturaleza –una consecuencia jurídica compatible con la nulidad que ampara el art. 6.3 del CC- ha sido reconocida por la Sala de lo Civil del TS en los supuestos que siguen:

32 .- Esta doctrina jurisprudencial es objeto de análisis en la obra dirigida por M. YZQUIERDO TOLSADA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y mercantil)*, Vols. 1º (205-2007) y 2º (2008), Ed. Dykinson, Madrid, 2008 y 2009, respectivamente.

33 .- Las críticas a esta forma de proceder pueden leerse en DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Á.: «Exigibilidad de las deudas de juego contraídas en casino. Prohibición de préstamos para el juego, causa ilícita y nulidad por incumplimiento de normas. Interpretación del artículo 6.3 del CC: infracción de normas administrativas. Rectificación de jurisprudencia (STS de 10 de octubre de 2008)», *CCJC*, núm. 82, enero-abril de 2010, págs. 56 y 57 (§.2160).





## 1) Prohibición de préstamos para el juego: deudas de juego contraídas en casinos y nulidad del contrato

Hasta la STS (Sala de lo Civil, Pleno) de 10 octubre 2008 [RJ 2008/5687], la Sala de lo Civil del TS consideraba que los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en locales autorizados al efectos eran jurídicamente vinculantes desde la perspectiva privada, de manera que el jugador que pierde está obligado a pagar y el que gana tiene acción para exigir el pago de lo ganado o apostado, de manera que a los juegos practicados de conformidad con las leyes que los autorizan se les aplica el art. 1801 del CC, aunque tales juegos no pueden encuadrar en la enumeración del art. 1800 del CC y, por lo tanto, no les resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 1798 del mismo Cuerpo normativo y que determina la falta de acción del ganador para exigir el pago de lo ganado.

La referida Sentencia del TS ha supuesto un giro copernicano en la doctrina jurisprudencial del TS respecto de las tesis asumidas en resoluciones pretéritas – las SSTS de 23 de febrero de 1988 [RJ 1988\1275] y de 30 de enero de 1995 [RJ 1995\180]- en relación con los efectos civiles o jurídico-privados del incumplimiento o de la contravención de normas administrativas y, en particular de la norma que establece la prohibición que recae sobre los casinos de prestar dinero a los jugadores (art. 2 de la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, de potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de juegos de suerte, envite o azar; así como la normativa de las CCAA dictada en el ejercicio de la competencia de éstas en materia de juegos de suerte, envite o azar). De esta manera, el casino no tendrá acción para exigir del jugador lo que éste haya perdido jugando o apostando a crédito. Después de examinar la jurisprudencia vertida hasta la fecha –y, entre otras la relativa a la compraventa de viviendas de protección oficial por precio superior al autorizado– favorable a la plenitud de efectos civiles de los contratos entre particulares aunque sus cláusulas infringieran alguna norma administrativa y otras resoluciones del propio Tribunal Supremo que han optado por la solución contraria (especialmente la STS 31 octubre 2007 [RJ 2007/8644]), llega a la conclusión de conformidad con la cual *«la jurisprudencia actual de esta Sala no permite seguir manteniendo, con carácter general, que la sanción administrativa excluya la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa o prohibitiva; [...] Aquella primera conclusión no puede desligarse, a su vez, de considerar que una interpretación del art. 6.3 del CC que llevara hasta sus últimas consecuencias lógicas la exclusión de la nulidad civil por la sanción administrativa conduciría al absurdo de mantener la eficacia civil de los negocios jurídicos constitutivos de delito por prever el ordenamiento jurídico para el caso de contravención un efecto tan enérgico como la pena misma, y ello comportaría de hecho dejar sin efecto el régimen del propio Código Civil sobre la ilicitud del objeto o de la causa de los contratos (arts. 1271 párrafo tercero, 1275 y 1305)»*. En el caso en concreto de que trata la STS que nos ocupa, razona el TS que





la falta de acción del casino frente al jugador a crédito puede argumentarse tanto en la infracción de las normas administrativas que impiden a los casinos prestar dinero a los jugadores, como en la ilicitud de la causa del préstamo o de la concesión de crédito.

## **2) Infracción de normas reguladoras del régimen jurídico de las cooperativas**

Un segundo supuesto en el que se ha aplicado por la Sala de lo Civil del TS la doctrina jurisprudencial enunciada está constituido por la declaración de nulidad de un contrato de *forfait* concertado entre una sociedad mercantil y una cooperativa andaluza para desmotar algodón de un tercero en exclusiva durante tres años. La STS de 31 de octubre de 2007 [RJ 2007/8644] declaró la nulidad del referido contrato con fundamento en la contravención de la Ley de Cooperativas Andaluzas de 1985, con efecto de descalificación de la cooperativa seguida de su disolución, siendo esta última una sanción administrativa que no excluye la cumulativa declaración de la nulidad civil del contrato, fundamentándose adicionalmente en la vulneración del principio de orden público de servicio preferente a los cooperativistas. Respecto a la infracción de normas de cooperativas en contratos privados, la STS 31 octubre 2007 [RJ 2007/8644] señala que *«tampoco cabe sostener que dicha Ley estableciera para el contrato litigioso un efecto distinto de la nulidad de pleno derecho o, dicho de otra forma, que la descalificación de la cooperativa excluyera la posibilidad de declarar civilmente nulo el contrato mediante el cual se vulneró la prohibición»*.

## **3) La nulidad de la cláusula del sobreprecio en la venta y en la renta de las VPO**

La jurisprudencia de la Sala 1ª del TS evita la aplicación de la doctrina de la nulidad parcial de las cláusulas contractuales de fijación de precio de venta de las V.P.O. que superen el precio máximo autorizado, con el argumento, también extensivo otros ejemplos, de que la nulidad no es el efecto de la contravención de la norma, sino que dicho efecto, según lo expresado en los Decretos reguladores de las viviendas protegidas, es la no obtención de calificación o declaración definitiva de las actuaciones y, en todo caso, además de las sanciones que correspondan<sup>34</sup>. Hasta

34 .- En el caso de Galicia, la vigente *Ley de Vivienda* de 2012 dedica su Título II al desarrollo del régimen jurídico de las viviendas protegidas. Entre otras reglas, se contempla la que hace alusión al precio máximo de la vivienda, en su art. 66, a tenor del cual: «1. Durante el período legal de protección, cualquier acto de disposición o de arrendamiento de viviendas protegidas en primera o posteriores transmisiones estará sujeto a un precio de venta o renta máximo, que será fijado en la normativa de desarrollo de la presente ley. 2. Queda prohibido a la persona vendedora o arrendadora de una vivienda sujeta a cualquier régimen de protección la percepción de cualquier tipo de sobreprecios, cantidades o primas de especie alguna, superiores a los legalmente fijados como precios máximos



la década de los años noventa, el supuesto que nos ocupa se configuraba como un caso de nulidad parcial (uno de los primeros casos de nulidad parcial): la cláusula del precio se declaraba nula, por vulnerar los precios fijados legalmente, y se integraba con el precio fijado por los Decretos reguladores. Sin embargo, la jurisprudencia posterior ha cambiado de orientación, constituyendo el punto de inflexión la STS 3 septiembre 1992 [RJ 1992/6882]: los contratos son válidos y no puede haber nulidad de pleno derecho –ni parcial- y ello porque siendo la norma que regula los precios máximos de las viviendas protegidas es de carácter administrativo, la infracción de ésta carece de efectos en el orden civil, de manera acorde con una aplicación de la doctrina restrictiva de la nulidad de pleno derecho del art. 6.3 del CC en aquellos casos en los que la norma administrativa ya prevea una sanción de esta naturaleza. Además, a tenor de esta doctrina jurisprudencial, la tesis de la nulidad parcial del sobreprecio y su sustitución por el precio máximo reglamentado comportaría un enriquecimiento injusto para el comprador. Asimismo, muchas sentencias que declaran la validez del contrato con sobreprecio evidencian el hecho de que el comprador de la vivienda «*conocía su calificación de protección oficial*» y a pesar de ello los interesados estuvieron de acuerdo en concertar la venta con sobreprecio (v.gr., SSTS 4 junio 1993 [RJ 1993/4478]; 6 noviembre 2000 [RJ 2000/8496]; 16 julio 2001 [RJ 2001/5225]).

Los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en los ámbitos materiales que estamos examinando y, en particular, la STS 337/2009, de 14 de mayo [RJ 2009/3027] –cuya doctrina es asumida por las posteriores SSTS 192/2011, de 25 de marzo [RJ 2011\3014] y 497/2010, de 14 de julio [RJ 6043]- declarando la nulidad parcial del contrato de arrendamiento urbano de una vivienda de protección oficial en el que se incluía una cláusula de fijación de la renta que excedía del límite legal de renta máxima en el momento en que se concertó el contrato, parecen augurar una revisión de la doctrina aplicada en relación con el sobreprecio en el caso de venta de estas mismas viviendas. En consecuencia, las cláusulas contractuales que imponen el pago de una renta superior a la legal en el caso de arrendamiento de una V.P.O. son nulas, no rigiendo en este ámbito la doctrina de la libertad de pactos, debiendo ser restituidas a los arrendatarios las rentas pagadas por éstos, y en la cuantía que superen el referido límite máximo, a partir de 1995. En efecto, sin perjuicio de que el objeto de esta última Sentencia del TS esté constituido por el análisis de la validez de las cláusulas de rentas excesivas en el arrendamiento de V.P.O., ya reguladas en la DA1<sup>a</sup>.5 de la LAU de 1994, resulta evidente la relevancia de algunas de sus consideraciones en relación con las cláusulas de sobreprecio en

---

*de venta o renta, incluso por mejoras, obras o instalaciones complementarias distintas a las que figuren en el proyecto de obra de la referida vivienda. Esta prohibición se extiende al mobiliario que se integre o se sitúe en la vivienda por la persona vendedora. 3. [...]. 4. Sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan, serán nulas las cláusulas o estipulaciones que establezcan precios superiores a los máximos autorizados en la normativa aplicable, debiendo entenderse tales estipulaciones referidas al precio o renta máximos legales aplicables».*



el caso de venta de las mismas<sup>35</sup>. En particular, afirma el TS que *«a partir de la entrada en vigor de la Ley [se refiere a la LAU/1994] no es ni ética ni jurídicamente sostenible admitir que existen dos suertes de contratos de arrendamientos, unos amparados en una jurisprudencia permisiva y otros sujetos a la regla sancionatoria impuesta por la Disposición Adicional Primera de la Ley de 1994, en unos momentos en que esta Sala ha establecido una nueva doctrina que pretende acomodar ambas realidades jurídicas, civil y administrativa, para impedir que se pueda seguir manteniendo la irrelevancia civil de la infracción de normas administrativas, aplicando las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (SSTS de 10 de octubre de 2008 y 29 de octubre de 2008). La cláusula es nula y obliga a las partes a acomodar la renta a las previsiones contenidas en la propia Disposición Adicional, con devolución de lo pagado en exceso, salvo para los contratos anteriores a la entrada en vigor de la ley a los que esta nulidad sobrevenida impide reclamar lo pagado con exceso, pero no adaptar la renta pactada a las previsiones establecidas en cada caso hasta ese momento; doctrina que establece esta Sala en virtud del recurso formulado».*

#### **4) Nulidad contratos de transmisión de establecimientos sometidos a un régimen de naturaleza imperativa**

La STS 710/2011, de 7 de octubre [RJ 2011\6836] ha declarado la nulidad de un contrato de transmisión de un conjunto en que la actividad principal es el estanco de tabacos, en el que se preveía que se transmitiría la titularidad del mismo *«en cuanto la ley lo permita»*. El TS declara su nulidad por ser contrario a la norma imperativa acerca de la transmisión de una expendedoría de tabacos, sin que pueda tenerse como aceptable dicha previsión pues se trata, en el momento de celebrarse, de una transmisión nula en sí misma, que no puede mantenerse pensando que algún día puede dejar de ser nula.

#### **5) Nulidad contractual por vulneración del Derecho antitrust**

La STS de de 30 de julio de 2009 [RJ 2009/4580] declaró la nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho *antitrust*. La Sentencia tiene como objeto la validez de dos contratos de franquicia (cesión de utilización de nombre comercial, métodos de trabajo y aplicación de productos) relativos a tratamiento

35 .- Sobre la STS de 14 de mayo de 2009 [RJ 2009\3027], puede verse, DE LA IGLESIA PRADOS, E.: «La ineficacia del sobreprecio en la renta en los arrendamientos de vivienda protegida», *RdPat*, núm. 24, 2010-1, págs. 225 a 240. Las críticas a la doctrina jurisprudencial que resulta de esta STS, tachándola de inconsistente y de no ser constitucionalmente aceptable, por resultar los arrendadores de V.P.O. con sobrerenta *«traicionados en esa confianza, expropiados sin indemnización para el futuro, y obligados a restituir lo pasado»*, pueden verse en CARRASCO PERERA, Á.: «Rentas excesivas en VPO: Vuelta a la nulidad del sobrepago», en *AJA*, núm. 785, 5 de noviembre de 2009.



capilar, para dos localidades distintas, respecto de los que la franquiciante pretende que existió incumplimiento contractual de la franquiciada e interesa la condena de ésta y de sus garantes solidarios a indemnizar diversos conceptos; en tanto la franquiciada pretende la nulidad de los contratos por conculcación de las normativas comunitaria y nacional de la competencia con fundamento en la previsión contractual de fijación de precios a los clientes por la franquiciada, cuya imposición constituye una cláusula restrictiva de la competencia. Precisamente una de las cuestiones que se plantea en el recurso de casación de que trae causa la Sentencia referida radica en la competencia de los tribunales civiles para aplicar una norma administrativa – el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia- que corresponde a otro órgano, y que no pueden conocer del asunto sin una resolución administrativa previa, por ser ésta prejudicial. El motivo es rechazado porque, con independencia de que el art. 1 de la LDC no puede ser calificado de mera norma administrativa, de que resulta trasnochado vincular la competencia jurisdiccional a la naturaleza sustantiva de las normas y que contradice la moderna jurisprudencia de la Sala 1ª del TS la afirmación de la irrelevancia civil de las infracciones de normas administrativas, resulta incuestionable la competencia de los tribunales del orden jurisdiccional civil para conocer de la nulidad de los contratos civiles con fundamento en la existencia de cláusulas restrictivas de la competencia -ex art. 1 de la LDC- siempre dentro del ámbito de las relaciones intersubjetivas y de conflictos en cuanto afectan a intereses jurídicos privados, correspondiendo a otros órganos (actualmente la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos jurisdiccionales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo) garantizar el orden constitucional en el sector de la economía del mercado, en atención a los intereses públicos. Por otra parte, no resulta razonable que los tribunales civiles tuvieran competencia para aplicar el art. 85.1 del TUE y no la tuvieran para aplicar la norma similar contenida en el art. 1.1.a) de la LDC (Ley 16/1989) cuando aquél no es aplicable por no haber afectación del acuerdo o la práctica al mercado intracomunitario, y afectar no obstante al mercado nacional, con la evidente complejidad que, en no pocas ocasiones, supone la adecuada calificación del ámbito territorial de aplicación del acuerdo.

Sobre las anteriores premisas y apreciada la contradicción entre la cláusula de fijación de precios contenida en el contrato de franquicia y el Derecho de la libre competencia, el Tribunal Supremo decidió declarar la nulidad total del contrato objeto de la litis, en contra de la petición de nulidad parcial de la recurrente, debido, por un lado, a que *«la cláusula restrictiva no solo incide en la libertad de fijación del precio por la franquiciada, sino también indirectamente, y como consecuencia, en la determinación del canon de explotación a pagar por la misma a la franquiciante, que es una de las prestaciones esenciales del contrato»*; y, por otro lado, a que aunque no fuese así tampoco sería posible la nulidad parcial *«porque para ello es preciso una voluntad concorde de las dos partes»* [FJ 10º, 3er. párrafo de la Sentencia ya referenciada]. Para el Tribunal Supremo la cláusula que permite al franquiciador fijar



precios mínimos aplicables a sus clientes por el franquiciado no es separable del resto del negocio y, por esta razón, la nulidad de aquélla arrastra la del conjunto del negocio<sup>36</sup>.

### **6) La doctrina jurisprudencial sobre la falta de licencias administrativas que permite el uso de un inmueble como vivienda**

La doctrina jurisprudencial que asume la STS de 8 de noviembre de 2012 [RJ 2012\10425]<sup>37</sup> y que se mantiene en las posteriores sentencias de la Sala de lo Civil del TS en la materia (*Vid.* SSTS de 12 febrero [RJ 2013\2410], de 6 de marzo de 2013 [RJ 2013\3150] y de 11 de marzo de 2013 [RJ 2013\2590]), debe interpretarse en el sentido de que no supone una ruptura con la consideración de que la ausencia de licencia de primera ocupación en la compraventa de viviendas es motivo de resolución del contrato con fundamento en la doctrina del «*aliud pro alio*», matizada con las consecuencias derivadas de la aplicación del principio de conservación de la eficacia del negocio jurídico, de manera que no puede ampararse la resolución contractual en un mero retraso en la obtención de la licencia de primera ocupación, salvo que este retraso conlleve el incumplimiento del término esencial de entrega. No resulta admisible que se considere que el retraso en la entrega con incumplimiento del término esencial es resolutorio si el inmueble no está acabado (no existe certificado final de obra o no se ha otorgado la escritura de obra nueva terminada), pero no si sólo falta la obtención de la licencia de primera ocupación. Resulta cuando menos paradójico que la misma Sala de lo Civil del TS a la que se debe una doctrina jurisprudencial tan atinada como la que asume la trascendencia jurídico-privada de las normas de Derecho público y, en particular de las normas de Derecho administrativo, dotando a éstas de eficacia en el ámbito de las relaciones sometidas al imperio de la autonomía privada, de manera que a la sanción de esta naturaleza que prevean para el supuesto de hecho que contemplan, se superpone la posible nulidad del negocio jurídico de contravención, con fundamento en la previsión general del art. 6.3 del CC, lo que redundaría en la unidad y coherencia del Ordenamiento jurídico, proscribiendo que la ilicitud jurídico-pública o administrativa de constriña a este ámbito, para mantener la licitud en el ámbito jurídico-privado (me refiero a las SSTS de 31 de octubre de 2007 [RJ

36 .- Las críticas pueden verse en PEÑA LÓPEZ, F.: «Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho *antitrust*. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1306.2º del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad. (Comentario de la STS de 30 de julio de 2009)», *CCJC*, núm. 83, 2010.

37 .- *Vid.* BUSTO LAGO, J.M.: «Comentario de la STS (Sala 1ª) de 8 de noviembre de 2012 [RJ 2012, 10425] (*Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla «rebus sic stantibus»*)», *CCJC*, núm. 94, enero /abril de 2014 (§.2498), págs. 53 a 70 [BIB 2014\307].





2007\8644], de 10 octubre 2008 [RJ 2008/5687], de 14 mayo 2009 [RJ 2009/3027] y de 30 de julio de 2009 [RJ 2009/4580]); no la considere de aplicación en el ámbito que nos ocupa, en el que las normas administrativas, de naturaleza imperativa, establecen expresamente la obligación de que los inmuebles de uso residencial cuenten con la licencia de primera ocupación (*v.gr.*, arts. 1.13, 29 y 54 del RDU y 6 del D 469/1972).

La necesaria conciliación de las normas que norman las obligaciones de entrega en la compraventa y las consecuencias de su incumplimiento con las que establecen el carácter preceptivo de la licencia de primera ocupación determinan las consecuencias que siguen:

1ª) Si la licencia de primera ocupación no puede obtenerse a causa de las irregularidades urbanísticas o de habitabilidad del inmueble cuya entrega se pretende, estaremos en presencia de un incumplimiento resolutorio, pudiendo el comprador negarse a recibir la entrega del objeto del contrato.

2ª) Si la licencia de primera ocupación no se ha obtenido en el plazo previsto contractualmente para la entrega, pero es susceptible de ser concedida por no presentar el inmueble irregularidades urbanísticas o de habitabilidad, tratándose de supuestos de meros retrasos en la solicitud, en la tramitación administrativa o por requerirse subsanaciones no esenciales, el tratamiento que ha de recibir el supuesto es el propio de los retrasos en la entrega del bien objeto de contrato, de manera que:

- i) Si la fecha de entrega se pactó como término esencial, el retraso en la obtención de la licencia de primera ocupación tiene carácter resolutorio (*ex art.* 1124 del CC).
- ii) Si la fecha de entrega no tiene carácter esencial y se trata de un mero retraso, leve o moderado, no procederá la resolución contractual, sin perjuicio de la viabilidad de la acción de responsabilidad contractual en orden a la indemnización de los daños y perjuicios que el retraso en la entrega depare al comprador. También en este caso el comprador puede negarse a recibir la entrega hasta que el promotor / vendedor disponga la licencia de primera ocupación obtenida en virtud de resolución administrativa expresa o, en su caso, si resulta posible (en atención a la norma autonómica que resulte de aplicación y lo regule), en virtud de silencio administrativo.

## **7) El incumplimiento de obligaciones precontractuales de información en la comercialización de productos financieros por entidades financieras y bancarias**

### *a) Planteamiento general*

En la normativa reguladora del mercado de valores, los incumplimientos de las obligaciones de información y de protección del inversor imputables a las entidades financieras, como es el caso de la no evaluación de la conveniencia o, en su caso, de la idoneidad, se tipifica como una administrativa (*ex art.* 99.z.bis de la LMV, vigente art 284 del TRLMV), pero sin que afecte a la validez del contrato ni a la atribución de los





riesgos de la decisión adoptada por el cliente tomando en consideración los mismos datos de que disponía la entidad financiera. En este sentido, la STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso «Genil 48, S.L.») recuerda que la Directiva MiFID-I sólo prevé sanciones administrativas para el caso de incumplimiento de los deberes impuestos en su art. 19, sin que obligue a Estados miembros a establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transponen su art. 19, aps. 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias. En consecuencia, corresponde al Ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el art. 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, respetando los principios de equivalencia y efectividad. Ninguna previsión expresa existe en el Derecho español acerca de las consecuencias contractuales que se derivan del incumplimiento imputable de las obligaciones ex art. 79.bis de la LMV (art. 19 de la Directiva MiFID-I) –arts. 209 a 217 del TRLMV- a las entidades financieras, aunque sí existe una profusa doctrina jurisprudencial tanto en relación con la responsabilidad civil contractual por incumplimiento de las referidas obligaciones de información, como en relación con los efectos en el ámbito de la validez del contrato de adquisición del producto financiero o de inversión mediando, en la fase precontractual, los referidos incumplimientos.

La no realización del test de conveniencia y, en su caso, de idoneidad –en función del tipo de producto financiero objeto de comercialización y de la prestación, o no, por la entidad financiera del servicio de asesoramiento- y la ausencia de asesoramiento individualizado sobre los productos o servicios contratados, son comportamientos que suponen un incumplimiento de la normativa antes enunciada: las llamadas «*normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión*» -rúbrica del Capítulo I del Título VII de la LMV<sup>38</sup>. Estas normas están destinadas a proteger a los inversores que actúan en los mercados financieros, evitando posiciones de abuso o de dominio por las empresas prestadoras de estos servicios y que tienen un elevado conocimiento de las reglas y mecanismos de funcionamiento de estos mercados en relación con el cliente, sin perjuicio de que esta regla debe admitir la posibilidad de enervación de sus efectos en el caso en que se acrediten los conocimientos financieros del cliente, como así se reconoció, v.gr., por la STS 243/2013, de 18 de abril [RJ 2013\3931], partiendo de la condición de experto inversor del adquirente de bonos emitidos por «Lehman Brothers», tratándose de una inversión elegida expresamente por el referido cliente que pretendía una indemnización de daños y perjuicios a cuenta de la entidad financiera intermediaria en orden a enjuagar la pérdida patrimonial padecida.

38 .- Vid. CARRASCO PERERA, Á. y LYCZOWSKA, K.M.: «Doce tesis sobre las evaluaciones de conveniencia e idoneidad en el Protocolo MiFID», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014, págs. 51 y ss.



Seguidamente se analizan los fundamentos y la viabilidad de la nulidad de pleno derecho de los contratos concertados infringiendo las normas administrativas referidas y los efectos del incumplimiento de los deberes precontractuales de información a cargo de las entidades financieras en el caso de contratación de productos y servicios sin haberse cumplido aquéllos y, en particular, en relación con los contratos de permuta financiera de tipos de interés constituyen el objeto específico del Capítulo IV de esta obra.

b) *La pretendida nulidad de pleno derecho del negocio jurídico concertado*

La naturaleza imperativa de estas normas de conducta ha llevado a algún autor y a alguna resolución jurisprudencial a predicar la sanción de nulidad de pleno derecho de los contratos de prestación de servicios o de productos de inversión y, en su caso, financieros, en los casos en los que se hayan vulnerado las referidas normas de conducta y, en particular, los deberes precontractuales de información y de evaluación del cliente, con fundamento en la regla general enunciada en el art. 6.3 del CC y la doctrina que resulta, *v.gr.*, de las SSTS de 11 de junio de 2010 [RJ 2010\2677] –sobre la nulidad de negocios jurídicos que vulneren normas administrativas (en el caso, acuerdo de una comunidad de propietarios que vulnera una norma administrativa autonómica en materia de seguridad de los edificios)- y 202/2011, de 31 de marzo [RJ 2011\3437] –en la que se declara que *el efecto del incumplimiento de las normas sobre defensa de la competencia es la nulidad del contrato, no la obligación de negociar un nuevo contrato que sustituya al anterior*<sup>39</sup>. A estos efectos, procede recordar que, con buen criterio, la nulidad de los negocios jurídicos privados que contravengan normas «administrativas» imperativas, por ilicitud de la causa o del objeto, aun cuando éstas contemplen una sanción de esta naturaleza –una consecuencia jurídica compatible

39 .- En la doctrina sostienen el parecer favorable a la declaración de nulidad de los negocios jurídicos que infrinjan los deberes precontractuales de información que recaen sobre las entidades financieras, entre otros, REDONDO TRIGO, F.: «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MiFID», en *RCDI*, núm. 723, enero de 2011, pp. 625 a 655; ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *La prestación bancaria de servicios de inversión. Responsabilidad bancaria en la prestación de servicios de inversión y productos de riesgo*, *op. cit.*, págs. 59 a 61; CEA GARCÍA, J.: «La vulneración de la normativa de consumidores como causa de nulidad de los contratos de productos bancarios», *Revista Consumo y Empresa*, núm. 1, febrero de 2016, págs. 1 a 13. En sentido contrario se han pronunciado previamente y de manera expresa, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: «Comentario del artículo 48 de la LDIEC», en *Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito* (T.-R. FERNÁNDEZ, DIR.), Ed. Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Madrid, 1989, pp. 151 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: «Protección de los consumidores», en *Instituciones del Mercado Financiero* (A. ALONSO UREBA Y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS, DIRS.), Ed. La Ley – Actualidad – BSCH, Madrid, 1999, especialmente las págs. 144 a 147. *Vid.* también, sobre los pronunciamientos jurisprudenciales en relación con este argumento, MARÍN NARROS, H. D.: «Inaplicación del artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad absoluta por vulneración de normas imperativas en supuestos de incumplimiento de regulación bancaria (MiFID-I) por las SSTS de 22 de octubre de 2015, 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016, así como por el resto de jurisprudencia dictada en la materia», en *RCDI*, núm. 761, mayo/junio 2017, págs. 1616 a 1639.



con la nulidad que ampara el art. 6.3 del CC- ha sido reconocida por la Sala de lo Civil del TS en las Sentencias que siguen con carácter previo a los pronunciamientos contenidos en las dos previamente citadas-: 31 de octubre de 2007 [RJ 2007/8644], 10 octubre 2008 [RJ 2008/5687], 14 mayo 2009 [RJ 2009/3027] y 30 de julio de 2009 [RJ 2009/4580].

La asimetría de información y de conocimientos entre las partes en los mercados financieros y en el mercado de valores fundamenta la exigencia de la aprobación de códigos de conducta que regulan el comportamiento de los profesionales del sector (intermediarios financieros, emisores, sociedades cotizadas, otros profesionales e incluso las agencias de calificación crediticia) y que el incumplimiento de estos códigos de conducta dé lugar a responsabilidades administrativas, pero la eficaz protección del cliente / contratante exige que aquellos incumplimientos lleven aparejadas consecuencias civiles propias del Derecho contractual, ya sean estas consecuencias la nulidad o anulabilidad del contrato o el surgimiento de una responsabilidad civil contractual en el caso de que efectivamente se hayan verificado daños y perjuicios para el cliente como consecuencia de la contratación realizada<sup>40</sup>.

En particular la aplicación de la sanción de nulidad de pleno derecho de las órdenes de compra de determinados productos financieros, con fundamento en la regla general del art. 6.3 del CC, por vulneración del negocio jurídico de normas imperativas de protección de clientes minoristas ha sido aplicada por algunas resoluciones jurisdiccionales en relación con acciones de anulación de compra de acciones de «Bankia», como acontece en el caso resuelto por la SJPI núm. 1 de Fuenlabrada 151/2015, de 07 de julio, cuya doctrina y argumentación ha sido recogida, *v.gr.*, por la SJPI núm. 9 de Salamanca 197/2015, de 30 de octubre, entre otras. Que el incumplimiento de normas imperativas da lugar a la nulidad del contrato por aplicación del art. 6.3 del CC, se admitió también por la STS, Pleno, 834/2009, de 22 de diciembre [RJ 2010\703], en cuyo F.D. 12º, en relación con un contrato de inversión complejo<sup>44</sup>, se declara:

*«b) La vulneración de normas administrativas no es el fundamento de la declaración de nulidad de las cláusulas contractuales a las que se refiere la sentencia recurrida, pues las disposiciones administrativas a que se hace referencia sobre transparencia se invocan únicamente a los efectos de determinar los criterios con arreglo a los cuales debe valorarse el requisito de la claridad y la sencillez exigida por*

40 .- En este sentido se han pronunciado, entre otros, CUENCA GARCÍA, Á.: «La protección del inversor en el ordenamiento jurídico español», en *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 2010, págs. 845 a 847; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C.: «Estudio jurídico de la ética profesional en el mercado de valores», *RDBB*, núm. 129, enero-marzo de 2013, pág. 10; y ROY PÉREZ, C.: «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», *RDM*, núm. 287, 2013, págs. 159 y 160.



*los artículos 5.4 LCGC y 10.1.a LCU, que son los que expresamente fundamentan el pronunciamiento de nulidad .*

*c) No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006 ) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007)».*

Sin embargo, las sentencias más recientes rechazan que el incumplimiento de obligaciones de información precontractual por la entidad financiera determine, por sí mismo, la nulidad del contrato, señalándose que este incumplimiento tiene unas consecuencias expresamente previstas en el TRLMV que, como ya hemos visto, consisten en la imposición de una sanción por la comisión de una infracción administrativa.

Sin perjuicio de lo señalado, ha de tenerse en cuenta que la interpretación que la normativa MiFID ha realizado el TJUE no resulta que el incumplimiento de las obligaciones precontractuales de información a cargo de las entidades financieras y bancarias no tenga consecuencias civiles<sup>45</sup>. En efecto, la STJUE de 30 de mayo de 2013 («caso Genil 48, S.L.», asunto C-604/11), resolviendo una cuestión prejudicial sobre esta cuestión declaró:

*«57. A este respecto, procede señalar que, si bien el artículo 51 LCEur de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, ésta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transponen el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias. Pues bien, a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de julio de 2012, Littlewoods Retail y otros, C-591/10, Rec. p. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada)».*



En cualquier caso, la ausencia de una específica previsión normativa que determine las consecuencias civiles derivadas del incumplimiento imputable que nos ocupa no impide, como resulta evidente, que aquéllas se determinen en función de la apreciación de los presupuestos de estimación de la acción ejercitada, pudiendo amparar el resarcimiento de las pérdidas producidas a los clientes cuando se ejercite una acción de indemnización de daños y perjuicios<sup>41</sup>; o bien se tendrán en cuenta como antecedente de hecho relevante en el marco de una acción de anulabilidad del contrato en orden a la apreciación de la concurrencia de un vicio del consentimiento<sup>42</sup>.



---

41 .- Así, la responsabilidad contractual por daños y perjuicios imputables a la entidad financiera se ha estimado en casos en los que ha vencido el contrato y se ha consolidado el perjuicio para el cliente en forma de pérdida patrimonial. Así lo han reconocido, *v.gr.*, las SSTs 240/2013, de 17 de abril [RJ 2013\3493] –pérdida derivada de una inversión en «hedge funds»-; 244/2013, 18 de abril [RJ 2013\3387]; 754/2014, de 30 de diciembre [RJ 2014\6662]; 398/2015 de 10 de julio [RJ 2015\2776] y 397/2015, 13 de julio [RJ 2015\2777] –estas dos última en relación con las pérdidas derivadas de la compra de «Bonos Fortaleza» emitidos por «Lehman Brothers»-.

42 .- En relación con esta cuestión, me he pronunciado ampliamente en BUSTO LAGO, J.M.: «La responsabilidad civil por incitar a la contratación de productos financieros, de inversión y bancarios no deseados», en *Derecho de daños 2013* (HERRADOR GUARDIA, DIR.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 508 a 535; y en *El contrato de permuta financiera como instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés. Una revisión crítica de los equívocos de la jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, especialmente las págs. 214 y ss.



# CONSERVAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SETOR DAS COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS E MODALIDADES DE ACESSO PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (A PROPÓSITO DO ACÓRDÃO MINISTERIO FISCAL DO TJUE)

Alessandra Silveira<sup>1</sup>  
Pedro Miguel Freitas<sup>2</sup>

O TJUE tem sido confrontado com questões prejudiciais relacionadas com a conservação de dados pessoais por fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas. Depois da saga *Digital Rights*<sup>3</sup> e *Tele2*,<sup>4</sup> a trilogia jurisprudencial indispensável neste domínio é agora integrada pelo acórdão *Ministerio Fiscal*<sup>5</sup> de outubro de 2018.<sup>6</sup> O pedido prejudicial foi apresentado no âmbito de um recurso interposto pelo Ministerio Fiscal (Ministério Público espanhol) da decisão do Juzgado de Instrucción n.º 3 de Tarragona (Tribunal de Instrução n.º 3 de Tarragona, a seguir juiz de instrução) sobre a recusa em autorizar o acesso da Polícia Judiciária a dados pessoais conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas – e tem por objeto a interpretação de disposições da Diretiva 2002/58 (relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas) à luz dos artigos 7.º (proteção da privacidade) e 8.º (proteção de dados pessoais) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Com as suas duas questões prejudiciais o órgão jurisdicional nacional pergunta ao TJUE, em substância, se as disposições da Diretiva 2002/58 devem ser interpretadas no sentido de que o acesso de autoridades públicas a dados pessoais, com vista à identificação de titulares de cartões SIM ativados num telemóvel roubado – tais como o apelido, o nome próprio e o endereço –, constitui uma ingerência nos direitos

- 1 Professora da Escola de Direito e Investigadora CEDU-JusGov, Universidade do Minho. Titular da Cátedra Jean Monnet em Direito da União Europeia (EACEA, Comissão Europeia, Bruxelas).
- 2 Professor da Universidade Católica Portuguesa (UCP-Porto). Investigador CEDU-JusGov, Universidade do Minho.
- 3 Acórdão *Digital Rights Ireland*, de 8 de abril de 2014, processos apensos C-293/12 e C-594/12.
- 4 Acórdão *Tele2*, de 21 de dezembro de 2016, processos apensos C-203/15 e C-698/15.
- 5 Acórdão *Ministerio Fiscal*, de 2 de outubro de 2018, processo C-207/16.
- 6 Para acompanhar a saga *Digital Rights* e *Tele2* cfr. Alessandra Silveira e Pedro Freitas, Implicações da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24 na conservação de dados pessoais (“metadados”) nos Estados-Membros da UE: uma leitura jusfundamental, in *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Universidade de Brasília (UnB), vol. 9, n.º 1, 2017, (<http://www.ndsr.org/SEER/index.php?journal=rdet>); The recent jurisprudence of the CJEU on personal data retention: implications for criminal investigation in Portugal, in UNIO - *EU Law Journal*, vol. 3, No. 2, July 2017 (<https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/issue/view/24>).



fundamentais dos titulares dos dados consagrados na CDFUE *com tal gravidade que esse acesso deva ser limitado (no que tange à prevenção, de investigação, de deteção e de repressão de infrações penais) à luta contra a criminalidade grave*. Em caso afirmativo, *com base em que critérios se deve apreciar a gravidade da infração em causa?*

Assim, como sustenta o Advogado-Geral no considerando n.º 38 das suas Conclusões,<sup>7</sup> o pedido prejudicial tem por objeto a questão de saber se e em que medida o objetivo prosseguido pela regulamentação em causa no processo principal é suscetível de justificar o acesso das autoridades públicas, como a Polícia Judiciária, aos dados pessoais em causa. Ou seja, as questões prejudiciais incidem não sobre as condições da conservação de dados pessoais no setor das comunicações eletrónicas, mas sim sobre as modalidades de acesso das autoridades nacionais a esses dados conservados pelos fornecedores de serviços.

A Diretiva 2002/58 é aplicável ao tratamento de dados pessoais no contexto do fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público em redes de comunicações públicas na União, incluindo as redes públicas de comunicações que servem de suporte a dispositivos de recolha de dados e de identificação – ou seja, a referida diretiva regula as atividades dos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas. O TJUE tem entendido que as disposições da Diretiva 2002/58 devem ser interpretadas no sentido de que *i)* não só uma medida legislativa que impõe aos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas a conservação dos dados de tráfego e dos dados de localização, *ii)* mas também uma medida legislativa que tem por objeto o acesso das autoridades nacionais aos dados conservados por esses fornecedores *estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da diretiva*.

Assim, medidas legislativas que impõem aos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas a conservação de dados pessoais, bem como a obrigação de conceder às autoridades nacionais competentes o acesso a esses dados, implicam necessariamente o tratamento dos referidos dados por parte dos fornecedores de serviços de comunicações. Por conseguinte, tais medidas, dado que regulam as atividades dos referidos fornecedores, não podem ser equiparadas às atividades próprias dos Estados, referidas no artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 2002/58 – que exclui do seu âmbito de aplicação as “atividades do Estado” nos domínios que refere, de entre as quais as atividades no domínio penal e as relacionadas com a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado.

Isto releva porque, como veremos em detalhe de seguida, o que está em causa no processo principal que deu origem ao acórdão *Ministerio Fiscal* é o indeferimento de um pedido através do qual a Polícia Judiciária solicita uma autorização judicial

<sup>7</sup> Considerando 38 das Conclusões do Advogado-Geral Henrik Saugmandsgaard Øe apresentadas a 3 de maio de 2018 no processo C-207/16.



para aceder a dados pessoais conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas – e o TJUE começa por esclarecer que o facto de o referido pedido ter sido apresentado no âmbito de um processo de instrução penal não torna a Diretiva 2002/58 inaplicável ao processo principal. Como salientou o Advogado-Geral no n.º 54 das suas Conclusões,<sup>8</sup> a Diretiva 2002/58 regula qualquer tratamento de dados pessoais no âmbito do fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas. Segundo o Advogado-Geral, o conceito de comunicação, na aceção da diretiva, deve ser entendido de uma forma lata, estando o princípio da confidencialidade das comunicações em causa no processo em apreço.

Ademais, em conformidade com o artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea b) da diretiva, o conceito de dados de tráfego abrange “quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas ou para efeitos da faturação da mesma”. Resulta do considerando 15 da Diretiva 2002/58 que os dados de tráfego podem, nomeadamente, incluir o nome e o endereço do remetente de uma comunicação. Acresce que os dados relativos à identidade civil dos titulares de cartões SIM podem ser necessários para a faturação dos serviços de comunicações eletrónicas fornecidos e integram os dados de tráfego, conforme definidos no artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea b), da diretiva. Consequentemente, esses dados estão abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2002/58.

Fica então claro que, quando se queira saber se se aplicam as garantias da Diretiva 2002/58, não faz mais sentido a tradicional distinção que largo sector da doutrina e jurisprudência portuguesa ainda mantém entre dados de tráfego e de base.<sup>9</sup> Aliás, é a própria distinção tripartida entre dados de tráfego, de base e de conteúdo que fica em causa. Embora se compreenda a razão pela qual tal distinção terá feito sentido, a verdade é que com a Diretiva 2002/58, um ato jurídico europeu com cerca de 17 anos (note-se!), não há qualquer diferença de tratamento jurídico entre os elementos funcionais de uma comunicação (dados de tráfego) e os elementos instrumentais e prévios à comunicação (dados de base ou dados de conexão à rede). Como dissemos acima, é o próprio artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea b), da diretiva que faz confluir ambos os tipos de dados a um conceito e regime só, o de dados de tráfego.<sup>10</sup>

8 Considerando 54 das Conclusões do Advogado-Geral Henrik Saugmandsgaard Øe apresentadas a 3 de maio de 2018 no processo C-207/16.

9 Cfr. Acórdãos n.º 486/2009 e 420/2017 do Tribunal Constitucional; cfr. Armando Veiga e Benjamim Silva Rodrigues, “A monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações electrónicas”, in *Raízes Jurídicas*, v. 3, n.º 2, jul/dez 2007, pp. 59-110. Em sentido contrário, Acórdão do TRE de 27-01-2011, processo n.º 1276/09.3TAPTM-B.E1.

10 É de notar que a lei portuguesa que transpôs a diretiva – Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto – também acata, naturalmente, esta visão, sobretudo no artigo 2.º, n.º 1, al. d), onde se lê que são dados de tráfego “quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas ou para efeitos da faturação da mesma”, mas também no artigo 6.º, n.º 2, al. a), em que fica explícito que o tratamento de dados de tráfego necessários



Acompanhando as conclusões do Advogado-Geral Henrik Saugmandsgaard Øe, embora os dados de identificação de um titular de um cartão SIM, ou seja, dados base, não incidam “sobre o «tráfego» de comunicações propriamente dito, na medida em que se afigura que estes dados poderão ser obtidos apesar de ser possível que nenhuma chamada tenha sido feita a partir do aparelho roubado, e, portanto, mesmo que nenhuma comunicação interpessoal tenha sido encaminhada por um operador de telefonia móvel durante o período visado”, dever-se-á aplicar a Diretiva 2002/58, “uma vez que o tratamento das informações associadas aos cartões SIM e aos respetivos titulares, objeto do caso vertente, é necessário, de um ponto de vista comercial, à prestação de serviços de comunicações eletrónicas, pelo menos para efeitos de faturação do serviço que é prestado independentemente das chamadas efetuadas ou não no quadro desta prestação”<sup>11</sup>.

Indo um pouco mais além, quer a jurisprudência europeia e nacional quer a legislação relevante nesta matéria vai no sentido de que os dados de tráfego e de conteúdo merecem o mesmo tratamento jurídico e proteção contra ingerências indevidas. Por exemplo, o artigo 5.º, n.º 1 da diretiva obriga os Estados-Membros a garantir a tutela da confidencialidade das *comunicações e respetivos dados de tráfego*, proibindo a escuta, a instalação de dispositivos de escuta, o armazenamento ou outras formas de interceção ou vigilância de comunicações e dos respetivos dados de tráfego por pessoas que não os utilizadores<sup>12</sup>. Também a nova proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas mantém o mesmo entendimento no artigo 5.º. No considerando 2 da proposta de Regulamento explica-se o porquê desta equiparação:

O conteúdo das comunicações eletrónicas pode revelar informações altamente sensíveis acerca das pessoas singulares envolvidas na comunicação, desde experiências e emoções pessoais a condições de saúde, preferências sexuais e opiniões políticas, cuja divulgação poderia resultar em danos pessoais e sociais, prejuízos económicos ou constrangimento. De igual modo, os metadados derivados de comunicações eletrónicas podem também revelar informações muito sensíveis e pessoais. Estes metadados incluem os números ligados, os sítios *web* visitados, a localização geográfica, a hora, a data e duração

---

à faturação dos assinantes e ao pagamento de interligações abarca o número ou identificação, endereço e tipo de posto do assinante, ou seja, elementos tradicionalmente enquadrados como dados de base. Em face disto, é com alguma perplexidade que assistimos à prolação de acórdãos por tribunais superiores como o Tribunal Constitucional português em que se mantém uma visão ultrapassada sobre o regime jurídico que ser reconhecido aos elementos que tradicionalmente são reconduzidos a dados de base, de tráfego e de conteúdo.

11 Considerandos 52 e 53 das Conclusões do Advogado-Geral Henrik Saugmandsgaard Øe apresentadas a 3 de maio de 2018 no processo C-207/16.

12 Cfr. também o artigo 4.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto.



da chamada, etc., permitindo tirar conclusões precisas relativas à vida privada das pessoas envolvidas na comunicação eletrónica, tais como as suas relações sociais, os seus hábitos e atividades da vida quotidiana, os seus interesses, gostos, etc.

Igualmente relevante é o considerando 14:

Os dados de comunicações eletrónicas devem ser definidos de uma forma suficientemente abrangente e tecnologicamente neutra de modo a incluírem todas as informações relativas ao conteúdo transmitido ou trocado (conteúdo das comunicações eletrónicas) e as informações relativas a um utilizador final de serviços de comunicações eletrónicas tratadas para efeitos de transmissão, distribuição ou intercâmbio desse conteúdo, incluindo dados que permitam encontrar e identificar a fonte e o destino de uma comunicação, a localização geográfica e a data, hora, duração e o tipo de comunicação. (...) Os metadados de comunicações eletrónicas podem incluir informações que façam parte da subscrição do serviço se essas informações forem tratadas para efeitos de transmissão, distribuição ou intercâmbio de conteúdo de comunicações eletrónicas.

Mesmo a nova proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal, no seu artigo 4.º, n.º 2, confere o mesmo grau de proteção a dados transacionais e a dados de conteúdo, estabelecendo que a ordem europeia de entrega de dados transacionais ou de dados de conteúdo envolverá sempre uma autoridade judicial e só pode ser emitida no caso de infrações penais puníveis no Estado de emissão com uma pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a três anos, ou de infrações específicas possibilitadas por sistemas de informação, ou infrações relacionadas com o terrorismo.

Repare-se que nada obsta à manutenção desta distinção conceptual entre dados de tráfego, dados de base e dados de conteúdo, desde que fique claro que tal distinção não significa necessariamente uma diferença de tratamento jurídico. Por vezes essa diferença de tratamento poderá existir, como parece decorrer da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal, em que há maior flexibilização das regras em relação à entrega de dados de assinantes ou de dados de acesso, do que acontece quanto a dados transacionais ou de dados de conteúdo. Porém, é a própria proposta de Regulamento que reconhece que apesar de contemplar condições diferentes quanto aos dados de assinantes, por um lado, e quanto aos dados transacionais e de conteúdo, por outro, uma vez que serão diferentes os níveis de interferência nos direitos fundamentais, todas as categorias de dados, sejam dados de assinantes, dados de acesso, dados transacionais e





dados de conteúdo armazenados “contêm dados pessoais, sendo, por conseguinte, abrangidas pelas salvaguardas previstas no acervo da UE em matéria de proteção de dados”.

Outras vezes, porém, como vimos, quer os dados de base são colocados num mesmo patamar de importância que os dados de tráfego quer estes últimos são equiparados aos dados de conteúdo.

Voltando então ao caso em análise, atentemos, pois, aos contornos do litígio no processo principal que deu origem ao acórdão *Ministerio Fiscal*. Hernandez Sierra foi vítima de roubo no dia 16 de fevereiro de 2015, tendo ficado sem a carteira e um telemóvel. Depois de apresentada queixa nas autoridades policiais, a Polícia Judiciária requereu ao juiz de instrução que ordenasse aos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas o envio dos números de telemóvel ativados no telemóvel roubado, no período de tempo imediatamente posterior ao roubo, mais concretamente entre 16 de fevereiro e 27 de fevereiro de 2015. Para além destes dados, solicitaram ainda a identificação e endereço das pessoas titulares desses números de telefone.

O juiz de instrução indeferiu porém o requerimento com o fundamento de que a medida requerida não seria útil para a identificação do autor do roubo, para além de que a legislação espanhola no domínio da conservação de dados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas (*Ley 25/2007*, de 18 de outubro, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones<sup>13</sup>) limitava a transmissão de dados aos casos de infrações graves, conceito que densificado pelo Código Penal espanhol como correspondendo a crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos. Uma vez que os factos no caso não eram enquadráveis num tipo legal de crime punido com pena de prisão superior a 5 anos, não seria possível, no entender do juiz de instrução, obrigar os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas a transmitir os dados em questão.

Por não concordar com o despacho do juiz de instrução, o Ministério Público espanhol interpôs recurso para a Audiencia Provincial de Tarragona, alegando, *inter alia*, que o roubo constituía uma infração suficientemente grave para justificar a transmissão dos dados por parte dos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas.

Na verdade, a Audiencia Provincial de Tarragona notou que não apenas o Código Penal seria revelante para aferir a gravidade da infração para efeitos da Lei n.º 25/2007, de 18 de outubro. Com a entrada em vigor da Lei Orgânica n.º 13/2015,

<sup>13</sup> Lei que transpôs para o ordenamento jurídico espanhol a Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, entretanto considerada inválida pelo TJUE no acórdão *Digital Rights*.



de 5 de outubro, operou-se uma importante reforma do Código de Processo Penal relativamente ao fortalecimento das garantias processuais e regulação das medidas de investigação tecnológica. De entre as modificações normativas no Código de Processo Penal merece especial destaque a nova redação do artigo 579.º e a inclusão do artigo 588-B, alínea j), que acabam por influir na própria noção de infração grave. Desde logo o artigo 579.º, n.º 1, do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o juiz de instrução autorizar a interceção da correspondência privada, postal e telegráfica, incluindo fax, burofax e de vales postais internacionais quando o inquérito tenha por objeto crimes dolosos puníveis com uma pena máxima de prisão não inferior a três anos, ou crimes cometidos no âmbito de um grupo ou organização criminosa, ou ainda crimes terroristas.

Assim, passa a haver um critério material de determinação da gravidade de uma infração que assenta na natureza do comportamento criminoso, isto é, se o comportamento puder ser qualificado como um crime cometido no âmbito de um grupo ou organização criminosa ou um crime terrorista terá uma gravidade especialmente intensa atendendo aos bens jurídicos tutelados pelas normas jurídico-penais em causa. Porém, ao lado deste critério material, aparece um outro de natureza formal, alicerçado não na natureza do comportamento e bem jurídico protegido, mas antes no *quantum* punitivo. Por outras palavras, uma infração será grave se for punida de forma igualmente grave, o que, de acordo com o artigo 579.º, se traduz numa punição com pena de prisão superior a três anos.

Chegando a esta conclusão, a Audiencia Provincial de Tarragona questionou, e bem, se crimes punidos com pena de prisão superior a três anos atingem um limiar de gravidade que justifique uma ingerência em direitos fundamentais consagrados na CDFUE. É preciso não esquecer que a grande maioria dos crimes previstos no Código Penal são punidos com pena de pena de prisão superior a três anos e, nessa medida, serão aparentemente graves o suficiente para se permitir o uso de medidas de investigação que implicam uma especial compressão de direitos fundamentais.

É neste enquadramento que a Audiencia Provincial de Tarragona suspende a instância e coloca as seguintes questões prejudiciais:

1 – “Pode a suficiente gravidade dos crimes, enquanto critério que justifica a ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da Carta, ser determinada tendo em consideração unicamente a pena suscetível de ser aplicada ao crime investigado ou, além disso, é necessário identificar na conduta infratora especiais níveis de lesão de bens jurídicos individuais e/ou coletivos?”

2 – “No caso de ser conforme aos princípios constitucionais da União, aplicados pelo TJUE no seu Acórdão de 8 de abril de 2014 [processos apensos C-293/12, *Digital Rights Ireland* e C-594/12, *Seitlinger* e o., EU:C:2014:238] como critérios de fiscalização estrita da Diretiva 2002/58, a determinação da gravidade do crime



atendendo apenas à pena suscetível de ser aplicada, qual deve ser o limiar mínimo desta? Seria compatível com uma norma geral que estabeleça como limite os três anos de prisão?”

Assim, o órgão jurisdicional do reenvio interroga o TJUE sobre os elementos a ter em conta a fim de aferir se as infrações em relação às quais as autoridades policiais podem ser autorizadas a aceder a dados pessoais conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas são de gravidade suficiente a justificar a ingerência que tal acesso implica nos direitos fundamentais garantidos nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE – conforme interpretados pelo TJUE nos seus acórdãos *Digital Rights* e *Tele2*.

A questão é particularmente relevante porque nesses acórdãos o TJUE declarou que, em matéria de prevenção, de investigação, de deteção e de repressão de infrações penais, apenas a luta contra a criminalidade grave é suscetível de justificar um acesso das autoridades públicas a dados pessoais conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações que, considerados no seu conjunto, permitem tirar conclusões precisas sobre a vida privada das pessoas cujos dados estão em causa.

No entanto – é o que resulta esclarecido no acórdão *Ministerio Fiscal* –, o TJUE chama à consideração a gravidade da ingerência nos direitos fundamentais que esse acesso gera. Com efeito, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, uma ingerência grave só pode ser justificada, em matéria de prevenção, de investigação, de deteção e de repressão de infrações penais, por um objetivo de luta contra a criminalidade, devendo também esta ser qualificada de grave. Em contrapartida, quando a ingerência que esse acesso implica não for grave, o referido acesso é suscetível de ser justificado por um objetivo de prevenção, de investigação, de deteção e de repressão de infrações penais em geral.<sup>14</sup> Por conseguinte, importava ao TJUE determinar se, no processo em apreço, e em função das circunstâncias do caso concreto, a ingerência nos direitos fundamentais que o acesso da Polícia Judiciária aos dados em causa implica deve ser considerada como sendo grave.

O TJUE considerou que o pedido em causa no processo principal, através do qual a Polícia Judiciária solicitava, para efeitos de uma investigação penal, a autorização judicial para aceder a dados pessoais conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas, tinha por único objetivo identificar os titulares dos cartões SIM ativados durante um período de 12 dias com o código do telemóvel roubado. O pedido visava apenas o acesso aos números de telefone correspondentes a esses cartões SIM e aos dados relativos à identidade civil dos titulares dos referidos cartões, tais como o apelido, o nome próprio e, sendo caso disso, o endereço. No entanto, esses dados não tinham por objeto, como confirmaram o Governo espanhol e o Ministério Público na audiência, as comunicações efetuadas com o telemóvel

<sup>14</sup> Acórdão *Ministerio Fiscal*, de 2 de outubro de 2018, processo C-207/16, considerandos 55 a 57.



roubado nem a sua localização.

Desta forma, os dados visados pelo pedido de acesso em causa no processo principal permitiam apenas associar, durante um determinado período, o cartão ou os cartões SIM ativados no telemóvel roubado à identidade civil dos titulares desses cartões SIM. Sem um cruzamento com os dados relativos às comunicações efetuadas com os referidos cartões SIM e os dados de localização, esses dados não permitem conhecer a data, a hora, a duração e os destinatários das comunicações efetuadas com o ou os cartões SIM em causa, nem os locais onde essas comunicações tiveram lugar ou a frequência destas com determinadas pessoas durante um dado período. Ou seja, os referidos dados não permitiam tirar conclusões precisas a respeito da vida privada das pessoas cujos dados estavam em causa. Nessas condições, entendeu o TJUE que o acesso aos dados não podia ser qualificado como uma ingerência grave nos direitos fundamentais dos titulares.<sup>15</sup>

Assim, o TJUE concluiu que a ingerência que implica o acesso aos dados em causa é suscetível de ser justificada pelo objetivo de prevenção, de investigação, de deteção e de repressão de infrações penais em geral, ao qual se refere o artigo 15.º, n.º 1, primeira frase, da Diretiva 2002/58, sem que seja necessário que tais infrações sejam qualificadas de graves. Ou nos exatos termos da decisão do TJUE: “o acesso das autoridades públicas aos dados com vista à identificação dos titulares dos cartões SIM ativados num telemóvel roubado, tais como o apelido, o nome próprio e, sendo caso disso, o endereço desses titulares, constitui uma ingerência nos direitos fundamentais destes últimos, consagrados nesses artigos da Carta, que não apresenta uma gravidade tal que esse acesso deva ser limitado, em matéria de prevenção, de investigação, de deteção e de repressão de infrações penais, à luta contra a criminalidade grave.”<sup>16</sup>

À guisa de conclusão, diríamos que da trilogia *Digital Rights*, *Tele2*, *Ministerio Fiscal* deriva que (e aqui acompanhamos a sageza de José Luís da Cruz Vilaça a propósito do tema): *i*) há que proceder, em cada caso, a uma criteriosa avaliação da situação tendo em conta, por um lado, a gravidade da ingerência nos direitos fundamentais e, por outro, a gravidade da infração sob investigação; *ii*) o escrutínio do TJUE tende a ser mais intenso quando se trate de traçar um equilíbrio adequado entre direitos e liberdades individuais, por um lado, e imperativos de ordem e de segurança públicas, por outro, tanto mais que estes são suscetíveis de envolver igualmente a preservação de direitos de caráter tão fundamental como o direito à vida e à integridade física.<sup>17</sup>

15 Acórdão *Ministerio Fiscal*, de 2 de outubro de 2018, processo C-207/16, considerandos 59 a 61.

16 Acórdão *Ministerio Fiscal*, de 2 de outubro de 2018, processo C-207/16, considerando 63.

17 Cfr. José Luís da Cruz Vilaça, *The digital world and the new frontiers of the European courts case-law*, in UNIO – *EU Law Journal*, vol. V, No.1, 2019, p. 14-15 (<https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/>).



# REPRESENTAÇÃO SOCIAL NOS CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PARA INFÂNCIA NO BRASIL: A PARTICIPAÇÃO E VOZES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

*Ismael Francisco de Souza<sup>1</sup>*

## 1 Notas introdutórias

Com advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou-se o Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito tem dentre suas características a divisão de poderes e funções que impõe ao povo, por meio de princípio da soberania popular, a participação efetiva e operante na coisa pública.

Os Conselhos de Direitos emergem, como forma de participação democrática na qual os cidadãos participam por meio da sociedade civil organizada das decisões políticas e da gestão pública, ao lado do Estado em uma relação de horizontalidade. Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio do seu artigo 88, inciso II, determinou a criação do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente com a finalidade de deliberar quais as políticas públicas, que deverão ser executadas em benefício da população infanto-juvenil e também de fiscalizar as ações do Poder Executivo, no sentido de que sejam implementados os serviços e os programas de atendimento às crianças e aos adolescentes.

Embora a função do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente seja dar voz à infância, observa-se que crianças e adolescentes não são ouvidos pelos adultos e nem pelo Estado nas decisões sobre os assuntos que lhes dizem respeito. De sorte que as políticas públicas são elaboradas para a população infanto-juvenil sem a sua participação efetiva na tomada das decisões, sem que estejam devidamente representadas no Conselho de Direitos.

Assim, traz-se, os seguintes dilemas: como garantir a legitimidade do Estado Democrático de Direito sem a participação efetiva dos cidadãos nas decisões que lhes dizem respeito? A participação por meio dos conselhos é capaz de vincular o Estado na formulação e execução de políticas públicas? As crianças e os adolescentes estão realmente representados pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente?

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina, Graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Líder do Núcleo de pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas – UNESC. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Projeto Grupo de Pesquisa Financiada pela Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de Santa Catarina. (FAPESC). Email: [ismael@unesc.net](mailto:ismael@unesc.net)





Diante desta perspectiva, este trabalho tem por objetivo analisar os caminhos e possibilidades em dar voz às crianças e aos adolescentes por meio da sua participação efetiva como atores sociais e cidadãos no Conselho de Direitos, a fim de garantir a igualdade material e o caráter transformador preconizado pelo Estado Democrático de Direito.

Portanto, para compreender esse processo é necessário analisar tais perspectivas sobre três dimensões: primeiro a percepção da infância construída socialmente, segundo a construção dos conselhos gestores como espaços democráticos na gestão das políticas públicas para crianças e adolescentes e por fim, a materialização da efetiva participação com direito a voz e voto no processo decisórios nos conselhos gestores.

## 2 Representação social da criança e do adolescente

A trajetória histórica, jurídica e social de crianças e adolescentes no Brasil é marcada por violações de direitos e de desproteção, podendo ser apresentada por três preposições. A primeira é marcada pela ideia de incapacidade, que coloca a criança como expectadora de direito, coisificando a infância. A segunda, como objeto de controle de adulto, sob o alicerce do autoritarismo dos pais, responsáveis e instituições; e a terceira, a desigualdade no reconhecimento de crianças e adolescentes, em especial oriundos de famílias pobres, marginalizadas pelos discursos contundentes do menorismo que etiqueta a infância como menor, reproduzindo marcas violentas na infância que permearam todo o século XX.

Para compreender as políticas para infância brasileira é importante resgatar os processos destes fenômenos caracterizadores. Numa primeira dimensão está a doutrina menorista, na segunda, a doutrina da ambiguidade, e por fim o paradigma da teoria da proteção integral.

A doutrina menorista estava calcada na representação da infância estigmatizada pela sua condição de pobreza, delinquência, mendicância e perigo. A adoção das políticas públicas era delineada por modelos de caráter repressivo e de controle.

A Doutrina da Situação Irregular conseguiu alcançar um parâmetro jurídico e institucional representativo do caldo histórico da cultura paternalista, autoritária, que olhava para a pobreza como uma patologia social, promovendo uma resposta assistencialista, vigilante, controladora, repressiva e autoritária, com uma burocracia estatal que se relacionava com um universo desprovido, segregado, onde a criança era vista como problema social, um risco à estabilidade, às vezes até uma ameaça à ordem social; [...] A infância era mero objeto de intervenção do estado regulador da propriedade, que tinha sua



inserção social realizadas às avessas, numa incorporação controlada pelo dever de gratidão da criança em relação ao Estado.<sup>2</sup>

Quando fala-se de um processo de ruptura com a doutrina menorista, não se está apenas estabelecendo um questão linguística, mas sim aquilo que já fora registrado anteriormente, que tal mudança de paradigma irradiará todo o processo da produção, do saber, do fazer e do promover as ações, serviços, políticas e programas que devam levar em consideração as categorias crianças e adolescentes na sua mais complexas significação, reafirmando a proteção integral, prioridade absoluta e a condição de pessoa em desenvolvimento.

Assim, reconhecer os direitos de crianças e adolescentes requer a compreensão da condição de sujeito de direitos, garantindo as oportunidades essenciais ao desenvolvimento integral, promovendo um conjunto de políticas públicas pautadas sobre a égide do princípio da prioridade absoluta. Foi necessária uma modificação na sua organização legal, institucional e social que implicou em uma mudança de conteúdo, método e gestão. Tais ações implicam, segunda a autora,

[...] enfrentar e trabalhar as contradições de uma institucionalidade formal fundada em valores democráticos e de cidadania, contrapondo a uma realidade de cultura política clientelista e fisiológica, de polarização entre ricos e pobres de aprofundamento das desigualdades no âmbito social, regional, político e econômico, além das diferenças de gênero e raça/etnia é o grande desafio para o Estado brasileiro e para o movimento social em favor da infância e adolescência no Brasil.<sup>3</sup>

A significação no campo do conteúdo exigiu a organização de normativas pautadas na ótica do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, pois não caberia a mera produção e permanência das doutrinas menoristas até então vigentes no Brasil.

Uma mudança no método implica a superação das práticas assistencialistas, conservadoras, interventivas, discriminatórias, promotora da repressão e da violência, nas políticas de atendimento, para a garantia e proteção dos direitos de crianças e adolescentes.

Portanto, o paradigma da proteção integral implica pensar o Direito da Criança e do Adolescente levando em consideração uma dimensão jurídica, considerando o arcabouço normativo de proteção aos direitos tanto no âmbito nacional quanto

2 CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, 2008, p. 23.  
 3 CASTANHA, Neide. **Políticas sociais e oferta institucional frente o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Brasília: OIT, 2002. p. 07.



internacional. Mas, também, uma dimensão política, ao reafirmar que o Estado brasileiro cumprirá os pactos estabelecidos com os organismos internacionais e nacionais, implementando políticas públicas para crianças e adolescentes

### 3 Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente como instância das políticas públicas

É a partir da gestão que as políticas públicas deixam de ser centralizadas e passam ser construídas como consequência das demandas locais, respeitadas as sazonalidades, constituídas com a população, fruto de resultantes de conferências, fóruns e demanda dos conselhos, produto, portanto, da descentralização política administrativa.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 88, II, estabelece a criação dos Conselhos de Direitos nos três níveis de governo, com formação paritária, ou seja, com representantes de órgãos governamentais e de organizações da sociedade civil, competindo lhes deliberar e controlar o conjunto de políticas públicas básicas, dos serviços especializados e de todas as ações governamentais e não-governamentais, direcionadas para o atendimento da criança e do adolescente

Com um diferencial em relação aos demais conselhos, o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente não demarca uma única política setorial, mas estabelece que as políticas de sua alçada possuam um público que exige, por determinação legal, prioridade absoluta em todas as políticas públicas.

O Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente tem por característica predominante o *status* democrático, acentuando um propósito de Estado ampliado, e ao deliberar, não prepondera uma única vontade.

O governo tem assento no Conselho em número igual ao dos representantes da sociedade civil. A eles (representação governamental e da sociedade civil) competirá formular as políticas [...]. Haverá busca pela predominância (e não dominação) de uma das posições, quando divergentes. Todavia, a partir do momento em que as questões forem postas para deliberação, uma vez votadas, não existirá mais “proposta da sociedade civil” ou “proposta do governo”, mas deliberação, decisão, vontade do órgão especial, que, por sua composição (governo + sociedade civil), representa na concepção gramsciana, o próprio Estado.<sup>4</sup>

4 LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públcio Caio Bessa. **Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 78.



O que para Veronese, implica dizer que a participação democrática nos conselhos “envolve a responsabilidade de evitar quaisquer arbitrariedades do governo municipal, por isso ser fundamental a sua composição paritária, pois deve-se colocar os interesses das crianças e dos adolescentes acima de qualquer política partidária”.

Este modo de construir a política pública para a criança e adolescente resulta na possibilidade efetiva do reconhecimento das demandas apontadas pela população. Cumpre salientar que o “novo paradigma para a gestão pública articula descentralização e intersetorialidade, uma vez que o objetivo visado é promover a inclusão social, resolvendo os problemas que incidem sobre uma população em determinado território”<sup>5</sup>

Seguindo esse raciocínio, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente terá, dentre outras atribuições, que acompanhar e deliberar sobre a política municipal voltada à criança e ao adolescente, em todas as áreas, como saúde, educação e assistência social, atuando na articulação institucional e intersetorial, no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente; estabelecer um diagnóstico a respeito dos planos de atendimento, proteção, promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente; gerir o Fundo da Infância e Adolescência, conforme prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O fortalecimento das políticas públicas destinadas à criança e ao adolescente no âmbito da municipalidade se coloca num conjunto de desafios que dependem da articulação intersetorial e do fortalecimento da rede de atendimento à criança e ao adolescente com a participação integrada entre organizações governamentais, não governamentais e comunidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não dispõe de forma clara como deve se dar a participação da sociedade civil nos Conselhos de Direitos, entende-se que a representação popular deve ser a mais plural possível, para que se obtenha um melhor funcionamento do órgão de maneira a privilegiar o princípio de participação democrática. Isso porque, a pluralidade de ideias amplia e qualifica o debate imprimindo maior legitimidade às decisões do conselho, pois quanto mais informações e percepções sobre a temática referente às necessidades e aos problemas que afligem as crianças e os adolescentes, maior será a possibilidade de se encontrar soluções.

Nessa perspectiva, importa analisar a possibilidade de se dar voz às crianças e aos adolescentes por meio dos Conselhos de Direitos, tendo em vista o advento da Convenção dos Direitos sobre a Criança<sup>6</sup>, adotada pela Assembleia Geral das

5 MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. Intersetorialidade, o desafio atual para as políticas sociais. **Revista Pensar BH – Política Social**, Belo Horizonte, Maio-Jul./2002, p.122.

6 Para a Convenção, criança deve ser entendida como todo ser humano com menos de 18 anos de idade. Veja-se: Artigo 1. “Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável



Nações Unidas como Carta Magna para as crianças em todo mundo, em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil no ano de 1990, que conferiu à criança o *status* de cidadão e serviu de inspiração para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente

#### 4 Participação e vozes das crianças e adolescentes nos conselhos de direitos

O direito de participação, e em especial o direito de participação política e a ocupação nos espaços de decisão, ainda se constitui em objetivo muito frágil no Brasil. Apesar dos amplos debates na Conferência dos Direitos da Criança e Adolescente fazendo alusão à necessidade de inclusão de crianças e adolescentes nos conselhos gestores, fortalecimentos das agremiações estudantis dentre outros espaços de participação, ainda é baixo o contingente de crianças e adolescentes nestes ambientes que se constituem como democráticos.

Liebel<sup>7</sup>, tece duras críticas a esta perspectiva. Para o autor, a implementação dos direitos da criança passa por filtros interpretativos, em que os direitos são exercidos pelos adultos em favor de crianças e adolescentes, *“la posibilidad de los niños de influir en la interpretación de sus derechos y de tomar su implementación en sus propias manos son muy escasas”*.

Neste sentido,

*La participación como principio democrático para la vivencia de una ciudadanía real y tangible en el horizonte de la niñez, es un reto apremiante al cual deseamos asistir. Cada día hay nuevos retos por resolver y nuevas inserciones en el mundo que requieren actualizar la forma en que se aborda el papel de la infancia y la adolescencia. Reconocemos que la niñez puede tener mejores niveles de inclusión participativa en la vida del Estado y en la medida en que resulte exitoso dicho relacionamiento, gestado desde la familia y la escuela como principales ámbitos de la niñez, en esa proporción lograremos avanzar en edificación de Estados de Derecho.*<sup>8</sup> (OEA, 2010, p. 5)

---

à criança, a maioria seja alcançada antes”. Assim, quando se usar o termo criança deve-se entender que estão incluídos os adolescentes.

7 LIEBEL, Manfred. Derechos de la infancia y obligaciones del Estado: Consideraciones sobre el entendimiento de los derechos de la infancia como derechos subjetivos. In: CONTRÓ, Monica Gonzalez. **Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México: 20 años de la convención sobre los derechos del niño**. México: Ed. Porrúa, 2011. p.138.

8 OEA - ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **La participación de niños, niñas y adolescentes en la Américas: 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño**. Uruguai, 2010, p. 05.





Tal perspectiva aponta para pensar possibilidades e alternativas que compensem o desequilíbrio constituído ao longo destes anos. Liebel (2011) propõe como alternativa o que chama de variáveis imanentes e transformadoras. A variável imanente constitui-se de um direito internacional que possibilite as influências e as competências de decisões dos sujeitos de direitos, que permite dar voz a crianças e adolescentes. As transformadoras apontam a um processo de decisão com estruturas novas e a mudanças e transformações sociais na relação entre crianças/adolescentes e adultos, substituindo a lógica hierarquizada de denominação.

Assim, a falta de participação é uma das facetas que tornam vulneráveis as crianças e os adolescentes. É através da participação que meninos e meninas podem aprender habilidades fundamentais da vida e adquirir conhecimentos, podendo atuar para evitar e resolver situações de abuso e exploração. Sem participação, sem voz, falha a proteção.

A participação das crianças e dos adolescentes é fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito que busca o pluralismo de ideias e uma sociedade mais atuante e inclusiva para com os cidadãos mais novos.

Todas estas questões implicam diálogos constantes em fóruns, conselhos e comissões participativas, conforme lembra Liebel<sup>9</sup>, para formular ações que assegurem as garantias dos direitos fundamentais, e em especial o reconhecimento do ser.

O direito de participação reafirma a ideia assinalada anteriormente por Liebel<sup>10</sup>, recomendando que o país faça um esforço para promover a participação de crianças e adolescentes nos Conselhos dos Direitos das Crianças e Adolescentes, nos conselhos escolares, principalmente nos espaços que afetam seus interesses.

Neste sentido, desenvolver ferramentas de consultas públicas sobre política nacional de desenvolvimento, a fim de padronizar tal consulta com um elevado nível de inclusão e participação, incluindo a consulta de crianças sobre questões que lhe afetam, bem como promover a consulta e participação nos espaços políticos de crianças e adolescentes em acolhimento institucional e em centros socioeducativos, e sensibilizar profissionais que atuam com crianças e adolescentes, coloca-se como elo para a importância da participação como elemento de inclusão (ONU, 2015).

9 LIEBEL, Manfred. Derechos de la infancia y obligaciones del Estado: Consideracionessobre el entendimiento de los derechos de la infancia como derechos subjetivos. In: CONTRÓ, Monica Gonzalez. **Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México: 20 años de la convencion sobre los derechos del niño.** México: Ed. Porrúa, 2011. p.140.

10 LIEBEL, Manfred. Derechos de la infancia y obligaciones del Estado: Consideracionessobre el entendimiento de los derechos de la infancia como derechos subjetivos. In: CONTRÓ, Monica Gonzalez. **Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México: 20 años de la convencion sobre los derechos del niño.** México: Ed. Porrúa, 2011. p.142.



O protagonismo juvenil, enquanto educação para participação democrática, é dar condições para que o sujeito possa exercitar, de forma criativa e crítica, essa faculdade, na construção de sua autonomia. A cidadania não se constitui apenas viver em comunidade, mas participar dela, e para isso é preciso que este ativismo seja democrático, elevando o nível de participação de crianças e adolescentes nos espaços pertinentes. E afirma, “o país que não estender a todos os seus habitantes o exercício do direito a ter direito, ainda não foi capaz de enfrentar e de vencer os seus grandes desafios econômicos, sociais e políticos”.<sup>11</sup>

É preciso equilibrar a tensão existente entre o discurso paternalista de que à criança devem ser assegurados somente direitos de provisão e proteção, devido a sua situação de vulnerabilidade, com a de um discurso emancipador, de autonomia, que assegure à criança a capacidade de representação e participação na tomada de decisões sobre assuntos que lhe dizem respeito, visto que sem voz não há cidadania. Conforme afirma Bustelo, “*no hay ciudadanía sin voz y aquí los adultos necesitan un verdadero curso intensivo en fonoaudiología*”.<sup>12</sup>

## 5 Notas conclusivas

O Direito da Criança e do Adolescente apresenta-se como potencial alternativa que congrega, dentre outros aspectos, uma nova visão, multidisciplinar e democrática, pois tem em sua essência a participação dos diversos atores sociais. Além disso, atribui responsabilidades para o Estado, à família e à sociedade quanto à efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

A concretização de políticas públicas para crianças e adolescentes implica necessariamente o fortalecimento dos conselhos de direitos, especialmente no seu potencial caráter decisório, ou seja, quando se promove um modelo descentralizado de gestão de política pública para criança e adolescente, reafirma-se o compromisso tanto previsto na norma estatutária quanto constitucional, ao elencar o interesse superior de crianças e adolescentes e com sua participação.

Pois, falta de participação é uma das facetas que tornam vulneráveis as crianças e os adolescentes. É através da participação que meninos e meninas podem aprender habilidades fundamentais da vida e adquirir conhecimentos, podendo atuar para evitar e resolver situações de abuso e exploração. Sem participação, sem voz, falha a proteção.

Por fim, entende-se que a participação das crianças e dos adolescentes é fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito que busca o

11 COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e trabalho infantil no Brasil**. Brasília: OIT, 1994. p. 138-142.

12 BUSTELO, Eduardo. **El recreo de la infancia: argumentos para outo comienzo**. 2 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p.160.



pluralismo de ideias e uma sociedade mais atuante e inclusiva para com os cidadãos mais novos. Cabe ao Estado e a sociedade civil, portanto, criarem mecanismos capazes de dar voz às crianças e aos adolescentes para que estes possam realmente opinar, influenciar e decidir sobre os assuntos que lhes dizem respeito, a fim de que não sejam reconhecidos como sujeitos de direitos apenas formalmente, mas também materialmente. Para tanto, considera-se que os Conselhos de Direitos municipais, estaduais e federais, são uma boa ferramenta disponível para se começar a implementação dessa prática transformadora.

### Referências

BUSTELO, Eduardo. **El recreo de la infancia**: argumentos para outro comienzo. 2. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p.160

CASTANHA, Neide. **Políticas sociais e oferta institucional frente o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Brasília: OIT, 2002.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e trabalho infantil no Brasil**. Brasília: OIT, 1994.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, 2008. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/File/657/454>. Acesso em: 29 set. 2016.

LIEBEL, Manfred. Derechos de la infancia y obligaciones del Estado: Consideraciones sobre el entendimiento de los derechos de la infancia como derechos subjetivos. *In*: CONTRÓ, Monica Gonzalez. **Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México**: 20 años de la convencion sobre los derechos del niño. México: Ed. Porrúa, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. **Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. Intersectorialidade, o desafio atual para as políticas sociais. **Revista Pensar BH – Política Social**, Belo Horizonte, maio-jul./2002.

OEA - ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **La participación de niños, niñas y adolescentes en la Américas**: 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Uruguai, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária**: elementos aproximativos e/ou distanciadores? O que diz a Lei do Sinase: a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.



# A EXHUMACIÓN DO DITADOR FRANCO: TROCAR OS ANCEIOS EN REALIDADES. AS IDEIAS EN FEITOS

**Ernesto Vázquez-Rey**

*Investigador na Área de Dereito Administrativo  
Universidade da Coruña*

*“O verdadeiro heroísmo consiste en trocar os anceios en realidades.  
As ideas en feitos.” A. Daniel R. Castelao, Sempre en Galiza (1944)*

## I. INTRODUCCIÓN AO MARCO NORMATIVO

Neste primeiro apartado tratamos de analizar unha selección normativa producida dende a promulgación da Lei 52/2007, chamada da Memoria Histórica, tanto no ámbito estatal como no ámbito internacional, a través de distintos instrumentos aprobados por organismos ou institucións políticas como o Congreso dos deputados, a Comisión de expertos para o futuro do Val dos Caídos, o Goberno de España, Nacións Unidas ou o Parlamento Europeo. Esta selección trata de axustar ao máximo o marco legal arredor do proceso de exhumación do ditador español Francisco Franco Bahamonde, inhumado no conxunto monumental do Val dos Caídos, ubicado no concello madrileño de *San Lorenzo de El Escorial*.

### 1 Normativa española

O 26 de decembro de 2007, coa aprobación da Lei 52/2007, do 26 de decembro, pola que se recoñecen e amplían dereitos e se establecen medidas en favor de quen padeceu persecución ou violencia durante a Guerra civil e a Ditadura,<sup>1</sup> o Estado español abriu unha vía xurídica para comezar un proceso de xustiza transicional sobre as gravísimas violacións de Dereitos Humanos cometidas dende o alzamento militar, o 18 de xullo de 1936, ata a promulgación da Constitución española, o 29 de decembro de 1978.

Un dos obxectivos desta norma, como se estableceu no seu artigo 1.1, foi “adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre os cidadáns [...] co fin de fomentar a cohesión e solidariedade entre as diversas xeracións de españois arredor dos principios, valores e liberdades constitucionais”,

---

<sup>1</sup> Pódese consultar o texto íntegro, na súa versión en lingua galega, no suplemento núm. 34 ao Boletín Oficial do Estado, núm. 310, do 28/12/2007, p. 4370-4376.



polo que a exhumación dos restos mortais do ditador Francisco Franco do chamado Val dos Caídos contribuiría decididamente a superar moitas das reivindicacións formuladas xa dende a Transición, por unha grande parte da sociedade española.

A respecto do Val dos Caídos, a Lei 52/2007 contiña dúas referencias: unha primeira no seu artigo 16, onde se establecía a asimilación do marco normativo dese conxunto monumental aos demais lugares de culto e aos cemiterios públicos, prohibindo a realización de calquera actos de natureza política ou exaltadores da Guerra civil, dos seus protagonistas ou da propia Ditadura franquista.<sup>2</sup> A segunda, na Disposición adicional sexta, que ampliaba as funcións da *Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos*, entidade xestora do monumento, que debería honrar e rehabilitar a memoria de todas as persoas falecidas a consecuencia da Guerra civil e a Ditadura, fomentando as aspiracións de reconciliación e convivencia existentes na sociedade española.<sup>3</sup>

Por acordo do Consello de Ministros, na súa reunión do 27 de maio de 2011, creouse a denominada *Comisión de Expertos para el Futuro del Valle de los Caídos*, integrada por doce persoas membro, elixidas pola súa acreditada solvencia profesional en diversas áreas científicas relacionadas co tema a abordar.<sup>4</sup> A súa principal encomenda foi a elaboración, no prazo de cinco meses, dun informe

2 Artigo 16:

1. O Val dos Caídos rexerese estritamente polas normas aplicables con carácter xeral aos lugares de culto e aos cemiterios públicos.
2. En ningún lugar do recinto se poderán levar a cabo actos de natureza política nin exaltadores da Guerra civil, dos seus protagonistas ou do franquismo.

3 Disposición adicional 6ª:

A fundación xestora do Val dos Caídos incluírá entre os seus obxectivos honrar e rehabilitar a memoria de todas as persoas falecidas como consecuencia da Guerra civil de 1936-1939 e da represión política que a seguíu, con obxecto de afondar no coñecemento deste periodo histórico e dos valores constitucionais. Así mesmo, fomentará as aspiracións de reconciliación e convivencia que hai na nosa sociedade. Todo isto con plena suxeición ao disposto no artigo 16.

4 Vid. *Orden PRE/1396/2011, de 27 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se crea la Comisión de Expertos para el Futuro del Valle de los Caídos*. Boletín Oficial do Estado núm. 127, do 28/05/2011, pp. 53148-53153.

Actuaron como presidentes don Virgilio Zapatero Gómez (exreitor da *Universidad de Alcalá* e catedrático de Filosofía do Dereito) e don Pedro José González-Trevijano Sánchez (reitor da *Universidad Rey Juan Carlos I* e catedrático de Dereito Constitucional). Foron vogais dona Carme Molinero Ruiz (catedrática de Historia Contemporánea da *Universitat Autònoma de Barcelona*), don Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón (conselleiro permanente do *Consejo de Estado* e membro da *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*), dona Alicia Alted Vigil (catedrática de Historia Contemporánea da *Universidad Nacional de Educación a Distancia*), don Manuel Reyes Mate (profesor de Investigación do *Consejo Superior de Investigaciones Científicas* no Instituto de Filosofía), dona Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós (conselleira electiva do *Consejo de Estado* e catedrática de Filosofía Moral e Política), don Hilari Ragner i Suñer (historiador e monxe da Comunidade Benedictina de Montserrat), don Feliciano Barrios Pintado (catedrático de Historia do Dereito da *Universidad de Castilla-La Mancha* e membro da *Real Academia de la Historia*) -relevando a dona Carmen Sanz Ayán-, don Ricard Vinyes Ribas (catedrático de Historia Contemporánea da *Universitat de Barcelona*), don Francisco Ferrándiz Martín (antropólogo social do *Consejo Superior de Investigaciones Científicas*); e don Carlos García de Andoin Martín (director adxunto do Gabinete do ministro da Presidencia), que actuou como secretario.





sobre o significado do Val dos Caídos, o estado das diferentes zonas do conxunto monumental e natural e as recomendacións de actuación ao Goberno de España.

O considerando número 15 do devandito informe, titulado “*Sobre los enterramientos en la Basílica de José Antonio Primo de Rivera y del general Francisco Franco*”, relata os momentos nos que foron inhumados o que fora fundador da *Falange española* e o xeneral Franco, resaltando a distorsión que supuxeron estes dous enterramentos nun lugar destacado do conxunto. Coa particularidade de que José Antonio Primo de Rivera foi executado durante a Guerra civil e trasladado, finalizadas as obras, á Basílica da Santa Cruz do Val dos Caídos o 30 de marzo de 1959, tanto este como o ditador Franco foron soterrados nun lugar preeminente no altar maior da Basílica, dándoselles relevancia fronte aos restos dos máis de trinta mil españois alí depositados. Con respecto ao ditador Franco, a súa inhumación no interior da Basílica o 23 de novembro de 1975, supuxo unha incongruencia coa finalidade inicial do Val dos Caídos, que era a de acoller os restos das persoas falecidas con ocasión da Guerra civil. Ademais, como advertiron as persoas expertas no citado informe “[...] *la presencia en la Basílica de los restos del general Franco dificulta el propósito de hacer del conjunto un lugar para la memoria de las víctimas de la Guerra civil, sin ninguna otra connotación ideológica o política*”.

Neste sentido, a recomendación emitida pola Comisión, en orde á resignificación do conxunto do Val dos Caídos, foi a de trasladar os restos do ditador Franco ao lugar que fose designado pola súa familia ou, no seu caso, ao que fose considerado máis digno e axeitado. Todo isto contando cos máis amplos consensos parlamentarios e negociando coa Igrexa católica a preceptiva autorización, en tanto que esta institución foi a receptora dos restos do ditador para a súa custodia e a Basílica ostenta a cualificación legal como lugar de culto.<sup>5</sup>

Tres das persoas membros da *Comisión de Expertos sobre el Futuro del Valle de los Caídos* pronunciáronse en contra da exhumación do ditador Franco do conxunto monumental a través dun voto particular, anexo ao informe global da propia comisión.<sup>6</sup> No seu voto particular alegaban catro consideracións “*fundamentadas en el respeto a la continuidad de la historia de España y en la ponderación de concurrentes circunstancias de legalidad y oportunidad, ajenas a la valoración política del régimen dictatorial que precedió a la deseada legitimidad y legalidad democrática vigente*”.

En realidade estas consideracións limitáronse a negar a posibilidade da exhumación do ditador Franco alegando que sería impropio dunha Democracia, no contexto europeo e occidental actual, que se trasladaran os restos dun xefe

5 Vid. Informe da *Comisión de Expertos sobre el Futuro del Valle de los Caídos*. Recomendación núm. 31, titulada “*Sobre los enterramientos de José Antonio Primo de Rivera y del general Francisco Franco*”, páx. 21.

6 O voto particular foi asinado por don Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, don Pedro González-Trevijano Sánchez e don Feliciano Barrios Pintado.



de Estado “*por incompatibilidad con su régimen político*”. Alegaron tamén que a intervención na Basílica tería un alto grao de complexidade por ter que se produciren unhas negociacións entre o Estado español e o Estado vaticano, ao ser o bispo de Roma o superior xerárquico do abade do Val dos Caídos. Incidían igualmente na división que podería xerar a decisión da exhumación na sociedade española, tendo en conta o momento de crise económica, social e política. Pero, sobre todo, argumentaron que non existía incompatibilidade entre os enterramentos das miles de persoas inhumadas nos osarios laterais do conxunto, sin identificación e nun estado crecente de conservación lamentábel, coa tumba do ditador Franco, situada nun lugar central da Basílica, cuxa identificación consta na lápida sepulcral, sendo coidada e conservada pola Comunidade beneditina con profundo celo.

O Congreso dos deputados, durante a XII Lexislatura (2016-2019) e por iniciativa do Grupo Parlamentario Socialista, aprobou unha Proposición non de Lei na que se pretendía dar impulso a diversos aspectos da Lei da Memoria Histórica que quedarán sen dotación orzamentaria ou que non se estaban a cumprir polo Executivo de Mariano Rajoy. Este mandato parlamentario instaba ao Goberno de España -entre outras- a “*afrontar, de forma decidida y urgente, las recomendaciones del Informe de expertos sobre el futuro del Valle de los Caídos entregado al Ministerio de la Presidencia el 29 de noviembre de 2011*” pretendendo así resignificar o conxunto monumental do Val dos Caídos “*para que deje de ser un lugar de memoria franquista y nacional-católica y reconvertirlo en espacio para la cultura de la reconciliación, de la memoria colectiva democrática, y de dignificación y reconocimiento de las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura*”; incidindo especialmente na necesidade preferente de exhumar os restos do ditador Francisco Franco e o seu traslado fóra do Val dos Caídos.<sup>7</sup>

## 2 Marco internacional

En 2014 a Asemblea Xeral de Nacións Unidas aprobou o denominado *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias* coas consideracións e recomendacións sobre a súa visita a España, en aplicación da Convención Internacional para a protección de todas as persoas contra as desaparicións forzadas.<sup>8</sup> No corpo deste informe indicouse que o grupo de traballo

7 A *Proposición no de Ley para la efectiva aplicación y desarrollo de la Ley de Memoria Histórica* foi aprobada no seo da Comisión Constitucional da cámara baixa o 08/03/2017, por 21 votos a favor, 15 votos en contra e 1 abstención. A mesma iniciativa, titulada como *Proposición no de Ley sobre la efectiva aplicación y desarrollo de la Ley de Memoria Histórica* foi aprobada polo Pleno do Congreso dos Deputados, o 11/05/2017, por 198 votos a favor, 1 voto en contra e 140 abstencións.

8 Vid. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre su visita a España (23 a 30 de septiembre de 2013)* (A/HRC/27/49/Add.1) aprobado pola Asemblea Xeral de Nacións Unidas o 02/07/2014, e *Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006*, ratificada por España o 27/09/2007 e publicada no Boletín Oficial do Estado núm. 42, do 18/02/2011, pp. 18254-18271.



que o redactou tivo a ocasión de visitar o Val dos Caídos e recabar información detallada tanto de diversas autoridades públicas como de autoridades relixiosas e de familiares de vítimas cuxos restos están inhumados no conxunto monumental. O texto incidíu na extrema dificultade de localizar e identificar os restos dentro dos osarios e a preocupación de que estes repousen nun lugar relixioso, contrario ás crenzas dos familiares falecidos e depositados xunto aos restos de José Antonio Primo de Rivera e de Francisco Franco, “*únicos reconocidos por nombre y apellido en el lugar*”.<sup>9</sup>

Tamén foi informado o grupo de traballo da realización do informe da Comisión de expertos sobre o futuro do Val dos Caídos, e das súas recomendacións, coincidindo en que “*la actuación sobre el Valle de los Caídos requiere un amplio consenso de todas las fuerzas políticas que debe ser prontamente promovido por el Gobierno*”.<sup>10</sup> Así, a Comisión recomendou a España “*considerar e implementar las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión de Expertos para el Valle de los Caídos de 29 de noviembre de 2011, procurando un amplio consenso político*”.<sup>11</sup>

Igualmente, o Consello de Dereitos Humanos da Asemblea Xeral de Nacións Unidas aprobou o *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, levado a cabo por Pablo de Greiff.<sup>12</sup> Neste texto, o relator especial sinala que o Val dos Caídos non pode ser removido e debe manterse cunha necesaria contextualización ou resignificación para que contribúa á pedagogía cidadá e á memoria. Saudando a énfase que a Comisión de expertos sobre o futuro do Val dos Caídos puxo na importancia de resignificar o monumento, explicando a súa orixe e o seu contexto sociopolítico, o relator especial da conta de que o Val dos Caídos non proporciona ningún tipo de información nin sinalización que explique a existencia de simboloxía franquista e feixista e a exaltación dos “vencedores” da Guerra civil. “*Nada explica quién fue José Antonio Primo de Rivera, ni por qué fue inhumado en el centro de la Basílica, ni por qué el general Francisco Franco fue inhumado ahí sin ser víctima de la Guerra Civil*”.<sup>13</sup>

Asimesmo, indica o relator especial que o sitio pode ser resignificado en favor da promoción da verdade e a memoria, salientando que “*difícilmente podrá pensarse como un lugar en favor de la paz y la reconciliación, mientras predomine el silencio sobre los hechos relevantes al contexto y origen del sitio, y en particular mientras siga*

9 Vid. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre su visita a España (23 a 30 de septiembre de 2013)*, punto 36, páx. 13.

10 *Ibidm.*

11 Vid. *Op. cit.*, Recomendación 67 z), páx. 21.

12 Vid. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff (A/HRC/27/56/Add.1)* aprobado polo Consello de Dereitos Humanos da Asemblea Xeral de Nacións Unidas o 22/07/2014.

13 Vid. *Op. cit.*, Considerando 32, páx. 8.



en el centro del monumento la tumba con flores del dictador”.<sup>14</sup> Ao tempo, aconsellaba a implementación das recomendacións da Comisión de expertos sobre o futuro do Val dos Caídos e, en particular, en favor da resignificación do conxunto monumental.

Nun contexto sociopolítico de avance da extrema dereita, de grupos neofeixistas e neonazis, os grupos parlamentarios do Parlamento Europeo na VIII Lexislatura (2014-2019) elevaron ao seu Pleno unha Resolución sobre o auxe da violencia neofeixista en Europa.<sup>15</sup> Este documento de consenso unánime incluíu un considerando que elevaba á Cámara supraestatal a aprobación polo Congreso dos deputados español do Real Decreto-Lei 10/2018, no que se plasmou a decisión de exhumar os restos do ditador Franco e trasladalos fóra do Val dos Caídos, definido no texto como “*conjunto monumental conmemorativo de la guerra y lugar de peregrinación de la extrema derecha*”. Deste xeito o Parlamento Europeo mostrouse a favor de proceder á retirada efectiva de todos os símbolos ou monumentos que exalten o alzamento militar, a Guerra civil e a Ditadura franquista, incidindo na necesidade de contextualizar e resignificar aqueles símbolos ou monumentos que non poidan ser retirados; contribuíndo así á concienciación pública e á memoria histórica.

Ao comezo das negociacións entre os diversos grupos parlamentarios europeos houbo cinco propostas de Resolución.<sup>16</sup> A asinada polo Grupo do Partido Popular Europeo (PPE) continúa entre as súas resolucións a de avogar “*por una cultura de la memoria común que rechace los crímenes fascistas del pasado*”, expresando a súa “*profunda preocupación por que las generaciones más jóvenes en Europa y en otros lugares se sientan cada vez menos interesadas en la historia del fascismo*” podendo resultar atraídas polos discursos extremistas e de odio.<sup>17</sup> No mesmo sentido foi o texto proposto polo Grupo da Alianza de Liberais e Demócratas por Europa (ALDE), no que ademáis se incluía instar aos Estados membros a “*condenar y a contrarrestar todas las formas de negación del Holocausto, incluida la trivialización y la minimización de los crímenes de los nazis y de sus colaboradores*”.<sup>18</sup>

A iniciativa rexistrada conxuntamente polo Grupo da Alianza Progresista

14 Vid. Op. cit., Considerando 33, páx. 8.

15 Vid. *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2018, sobre el auge de la violencia neofascista en Europa (2018/2869 (RSP)) (P8\_TA-PROV(2018)0428)*.

16 A B8-0481/2018, do Grupo do Partido Popular Europeo (Demócrata-Cristianos) (PPE); a B8-0482/2018, asinada en conxunto polo Grupo da Alianza Progresista de Socialistas e Demócratas no Parlamento Europeo (S&D), o Grupo dos Verdes / Alianza Libre Europea (Verts/ALE) e o Grupo Confederado da Esquerda Unitaria Europea / Esquerda Verde Nórdica (GUE/NGL); a B8-0483/2018, do Grupo da Alianza de Liberais e Demócratas por Europa (ALDE); a B8-0486/2018, asinada polo Grupo dos Conservadores e Reformistas Europeos (ECR); e a B8-0488/2018, do Grupo Europa das Nacións e das Liberdades (ENF).

17 Vid. Op. cit., Resolución núm. 21, páx. 6.

18 Vid. Op. cit., Resolución núm. 23, páx. 6.



de Socialistas e Demócratas no Parlamento Europeo (S&D), o Grupo dos Verdes / Alianza Libre Europea (Verts/ALE) e o Grupo Confederal da Esquerda Unitaria Europea / Esquerda Verde Nórdica (GUE/NGL), que foi a orixe do posicionamento parlamentario europeo, recolleu a necesidade da exhumación do ditador Franco, da retirada de monumentos e símbolos do franquismo, así como da contextualización dos que non poideran ser retirados, como dixemos anteriormente.<sup>19</sup>

Pola súa parte, a proposta do Grupo dos Conservadores e Reformistas Europeos (ECR) incluía a advertencia de equiparar o patriotismo co nacionalismo extremo “*ya que uno expresa orgullo por una nación, mientras que el otro expresa desprecio hacia todas las demás*”;<sup>20</sup> e o texto asinado polo Grupo Europa das Nacións e das Liberdades (ENF) incidía en que “*no puede tolerarse ningún tipo de violencia política, independientemente de que se justifique por motivos ideológicos, económicos, sociales, étnicos, religiosos, medioambientales u otros*”.<sup>21</sup>

Como resultado da determinación do Parlamento Europeo, a resolución aprobada pedía expresamente, aos Estados membros, adotar medidas suplementarias para previr, condenar e combater a incitación ao odio e os delitos de odio, ao tempo que os animaba a promover a educación na diversidade social e a historia común, a través da cultura en xeral, “*incluidas las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, como el Holocausto, y la deshumanización sistemática de sus víctimas durante años*”.<sup>22</sup> Este mandato parlamentario foi coincidente coa liña marcada pola xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, relativa á liberdade de expresión e ao revisionismo histórico de feitos incontrovertíbeis ou claramente establecidos.<sup>23</sup>

### 3 A última reforma lexislativa

O 26 de agosto de 2018 entrou en vigor o Real Decreto-Lei 10/2018, do 24 de agosto, polo que se modifica a Lei 52/2007, do 26 de decembro, pola que se recoñecen e amplían dereitos e se establecen medidas en favor de quen padeceron persecución ou violencia durante a Guerra civil e a Ditadura.<sup>24</sup>

O obxectivo perseguido polo Goberno español foi o de establecer con claridade a *conditio sine qua non* de que só os restos mortais de persoas falecidas a

19 Vid. Op. cit., Resolución núm. 17, páx. 9.

20 Vid. Op. cit., Resolución núm. 13, páx. 4.

21 Vid. Op. cit., Resolución núm. 2, páx. 2.

22 Vid. Op. cit., Resolucións núm. 10 e 31.

23 Vid. Apartado *Revisionismo histórico* en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2ª edición, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, 2009, páx. 457.

24 Publicado no Boletín Oficial do Estado núm. 206, do 25/08/2018, pp. 84607-84610.





consecuencia da Guerra civil poderían estar depositados no conxunto monumental do Val dos Caídos. A este efecto, o Real Decreto-Lei 10/2018 engadiu un punto 3 ao artigo 16, dando o primeiro paso para a exhumación do ditador Francisco Franco do interior da Basílica do Val dos Caídos, tal e como recomendaron durante anos diversos expertos de instancias estatais, europeas e internacionais.<sup>25</sup>

Para levar a cabo o referido anteriormente o Executivo introduciu unha Disposición adicional sexta bis, coa delimitación do procedemento a seguir para dar cumprimento ao novo artigo 16.3.<sup>26</sup> Nela atribúese exclusivamente ao Goberno a capacidade de realización da exhumación, asegurando as condicións axeitadas de dignidade e respecto, declarando “de urxente e excepcional interese público, así como de utilidade pública e interese social, a inmediata exhumación e o traslado dos restos mortais” do ditador Francisco Franco, única persoa soterrada no Val dos Caídos que non faleceu a consecuencia da Guerra civil española.

<sup>25</sup> Artigo 16.3

No Val dos Caídos só poderán xacer os restos mortais de persoas falecidas a consecuencia da Guerra civil española, como lugar de conmemoración, recordo e homenaxe ás vítimas da contenda.

<sup>26</sup> Disposición adicional sexta bis. Procedemento para o cumprimento do disposto no artigo 16.3 desta Lei

1. Corresponde ao Goberno garantir o cumprimento do establecido no artigo 16.3 desta Lei, asegurando en todo caso unhas condicións axeitadas de dignidade e respecto. A tal efecto, declárase de urxente e excepcional interese público, así como de utilidade pública e interese social, a inmediata exhumación e o traslado dos restos mortais distintos dos mencionados no devandito artigo.

2. A decisión de exhumación e traslado será adoptada por Acordo do Consello de Ministros, logo da tramitación do procedemento regulado nos apartados seguintes.

3. O procedemento iniciarase de oficio polo Consello de Ministros mediante acordo de incoación, que designará órgano instrutor. Este acordo dará un prazo de quince días aos interesados a fin de que se comparezan no procedemento e aleguen o que aos seus dereitos ou intereses lexítimos poidera convir. Os familiares poderán dispoñer no devandito prazo sobre o destino dos restos mortais indicando, no seu caso, o lugar de reinhumación, debendo aportar nese prazo os documentos e autorizacións precisas. No caso de discrepancia entre os familiares, ou se estes non manifestaran a súa vontade en tempo e forma, o Consello de Ministros decidirá sobre o lugar de reinhumación, asegurando unha digna sepultura. A estes efectos, queda lexitimado para solicitar a asignación do correspondente título de dereito funerario e para realizar o resto de actuacións que procedan.

4. Transcorrido o prazo contemplado no apartado anterior, o Consello de Ministros ordenará a continuación do procedemento. A tal efecto, ordenará ao titular do Ministerio competente en materia de xustiza que remita ao Concello, no seu caso, o proxecto preciso para levar a cabo a exhumación, para a súa tramitación ao abeiro do disposto na disposición adicional décima do texto refundido da Lei do Solo e Rehabilitación Urbana, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 7/2015, do 30 de outubro. Asimesmo, ordenaralle que solicite informe non vinculante ao órgano da Comunidade Autónoma competente en materia de sanidade mortuoria, que deberá ser emitido no prazo máximo dun mes.

5. Concluídas as actuacións previstas nos apartados anteriores, darase traslado aos interesados antes da resolución para que, no prazo improrrogable de dez días, aleguen o que estimen oportuno sobre as mesmas.

6. Transcorrido o devandito prazo, o Consello de Ministros, mediante Acordo motivado, resolverá sobre se procede a exhumación e o traslado, con indicación, no seu caso, do destino que teña que darse aos restos mortais afectados.

7. O prazo de caducidade do procedemento contemplado nesta disposición adicional será de doce meses a contar dende o acordo de incoación.



A utilización da figura do Real Decreto-Lei, relegado aos casos de extraordinaria e urxente necesidade<sup>27</sup>, requiriu a preceptiva convalidación da iniciativa polo Congreso dos deputados. Así, a Cámara baixa debateu o texto na sesión do 13 de setembro de 2018, asumindo a súa tramitación como Proxecto de Lei polo procedemento de urxencia, ao abeiro do disposto no artigo 86.2 e ss da Constitución española, e aprobando finalmente o acordo de convalidación.<sup>28</sup> A vía do Real Decreto-Lei veu lexitimada pola acumulación de circunstancias concorrentes como as máis de catro décadas que unha parte da sociedade española levaba reclamando o seu dereito á reparación e á xustiza polos crimes cometidos durante a Guerra civil, a Ditadura e a Transición; a acumulación de recomendacións, informes e iniciativas -nos distintos ámbitos institucionais e parlamentarios- que se produciron especialmente nas últimas dúas décadas, dirixidos ao Goberno de España en aras do cumprimento efectivo e íntegro dos Dereitos Humanos; e, especificamente, a rachar co paradigma de que o enterramento do ditador Francisco Franco era inamovíbel.

## II. O VAL DOS CAÍDOS: UN CONXUNTO MONUMENTAL CIVIL SUXEITO Á TUTELA PARCIAL DA IGREXA CATÓLICA

### 1 Lugar de memoria

O conxunto monumental do Val dos Caídos e o seu deteriorado estado de conservación convidan a unha reflexión sobre a necesidade e oportunidade de manter vivo un lugar construído co sangue e o sufrimento de milleiros de persoas de ideoloxía progresista ou decididamente republicana, nun contexto social que cuestiona a inversión pública e censura -como é propio, en opinión do autor- a restauración de monumentos do franquismo.<sup>29</sup>

Estaríamos, pois, diante de dúas opcións: deixar o conxunto tal e como está, vendo como o paso do tempo fai xustiza a un monumento concibido para ter sempre presente a vitoria dos chamados *nacionais* sobre os *republicanos*, ou optar pola súa

27 Artigo 86.1 da Constitución española.

28 Publicado no Boletín Oficial do Estado núm. 228, do 20/09/2018, páx. 90825. A votación concluíu con 176 votos a favor, 2 votos en contra e 165 abstencións.

29 O informe da *Comisión de Expertos sobre el Futuro del Valle de los Caídos* -no punto núm. 4 da páx. 6- constata o grave deterioro do conxunto, “Una situación que se halla bien documentada en el informe elaborado por los técnicos de Patrimonio Nacional donde puede leerse que “las labores de mantenimiento que requiere el conjunto de las edificaciones de carácter tan heterogéneo y extenso son tan cuantiosas que los trabajos de conservación y mantenimiento que hasta ahora han sido posible, han resultado insuficientes para que el actual estado general sea aceptable. Por dicha razón, para volver las edificaciones a unas correctas condiciones y prolongar su vida útil, se requerirán unas obras por un importe mínimo estimado de más de diez millones de euros” a los que hay que añadir al menos otros tres millones para la restauración de los grupos escultóricos”.



intervención e conservación, dándolle unha clara explicación pública ao monumento e afianzando o conxunto como un lugar de memoria.

Abandonar todo mantemento podería encarnar a representación do fracaso dun proxecto realizado con man de obra escrava e sustentado con discursos excluíntes que, afondando na fenda social e política producida pola Guerra civil, chegaron ata a actualidade. Pola contra, non debemos esquecer que dentro do Val dos Caídos repousan os restos de máis de trinta mil persoas, de distintas crenzas políticas e relixiosas, mortas a causa da Guerra civil e levadas alí dende diferentes puntos da xeografía española. Todas elas merecen o debido respecto e recordo, encamiñando a decisión final cara a resignificación do conxunto.<sup>30</sup>

É preciso, xa que logo, fixar ás vítimas como elemento central do Val dos Caídos. Malia que o monumento está máis apegado á vontade dos seus autores que á significación das persoas alí inhumadas, o certo é que o elemento de unión entre todas elas -agás, como dixemos, o ditador Franco- é ser vítimas da Guerra civil, e polo tanto, o discurso global debe centrarse sobre elas, superando á deshumanización e invisibilización ás que foron sometidas dende a concepción do proxecto.<sup>31</sup>

Consonte ás consideracións anteriores, o significado do Val dos Caídos debe ser explicado ao público xeral. A Comisión de expertos indicaba que *“Es preciso mostrar claramente a los visitantes cuál fue el origen del proyecto de construcción de todo el conjunto de edificios -Basílica, explanada, Abadía, Cruz y Hospedería-, en qué contexto socio-político se llevó a cabo y el hecho de que, en buena parte de la misma, participaron presos republicanos”*, así como *“explicar objetiva e imparcialmente la simbología que encierra el conjunto, vinculada toda ella a la victoria de Franco en la Guerra Civil, a la ideología nacional-católica que se implantó y al deseo de convertir en héroes y mártires a quienes murieron en la autodenominada Cruzada, ignorando a los vencidos”* e *“dar una explicación sobre los españoles que fueron enterrados en las ocho criptas laterales y el por qué fueron enterrados hasta el presente en un lugar preeminente en la Basílica José Antonio Primo de Rivera y el general Francisco Franco, único que sin haber muerto en la Guerra Civil terminó siendo allí enterrado”*;<sup>32</sup> opinión compartida polo autor que suscribe.

30 A propia Comisión recollía no seu informe -punto núm. 5 da páx. 6- que *“ha preferido seguir el espíritu de la orden ministerial que la creó y hacer propuestas en positivo que hagan del Valle de los Caídos un lugar de memorias compartidas”*.

31 *“La centralidad de la víctima, de todas las víctimas, obliga a resignificar un espacio concebido para significar a unas e invisibilizar a otras. La resignificación del Valle de los Caídos debe ser abordada de una manera global. Pensado como lugar simbólico de la dictadura franquista, es esa intencionalidad la que da sentido a cada uno de sus elementos, ya sean blasones, esculturas o alegorías. Sería inadecuado tratar aisladamente el significado de cada una de sus piezas. En vez de cambiar elementos del lugar, hay que explicar lo que se hizo y cómo se hizo”*. Informe da Comisión de expertos, punto núm. 8, páx. 7.

32 Punto núm. 9, páx. 7, do informe citado.



## 2 A supervisión da Igrexa católica: situación xurídica da Basílica e os enterramentos

Inicialmente ordenóuse a construción dunha Basílica, un Mosteiro e un *Cuartel de Juventudes*.<sup>33</sup> A *Basílica da Santa Cruz do Val dos Caídos* representa unha construción monumental de estilo expresionista, fiel ao momento da súa realización, cuxo interior conserva imaxes e símbolos da Ditadura -sendo merecente de mención a bóveda coas bandeiras falanxistas e carlistas e os coros representando “heroes e cruzados”-. Na súa parte exterior conserva unha gran cruz latina e -entre outros- os grupos escultóricos de significación relixiosa de *La Piedad*, *los Evangelistas* y *las Virtudes*, obra de Juan de Ávalos, nun grave estado de deterioro.<sup>34</sup>

A construción da Basílica como templo dedicado ao culto foi autorizada polo Papa Juan XXIII.<sup>35</sup> Do mesmo xeito, a construción e constitución da Abadía da Santa Cruz do Val dos Caídos contou coa autorización do Papa Pío XII,<sup>36</sup> de modo que a máxima autoridade na Basílica da Santa Cruz do Val dos Caídos é o abade ou, no seu defecto, o Papa, como superior xerárquico, ao abeiro do disposto nos Acordos entre o Estado español e a Santa Sede.<sup>37</sup> Así, a cualificación da Basílica como “lugar de culto”, atribúe á Igrexa católica a competencia exclusiva para actuar no seu interior, polo que calquera intervención para as correspondentes exhumacións e traslados deberán contar coa autorización expresa da propia Igrexa católica, a medio dos seus representantes.

Cabe sinalar, con respecto ao coidado da sepultura do ditador Francisco Franco, que no momento do seu enterramento o abade da Comunidade de monxes beneditinos asumíu o compromiso de recibir os restos e colocalos “*en el Sepulcro destinado al efecto, sito en el presbiterio entre el Altar mayor y el coro de la Basílica*”.<sup>38</sup> Igualmente, é obriga do abade impedir que se celebre dentro do recinto sagrado calquera outro acto que non teña significado estritamente relixioso.<sup>39</sup> A maior

33 *Decreto de 1 de abril de 1940 disponiendo se alcen Basílica, Monasterio y Cuartel de Juventudes, en la finca situada en las vertientes de la Sierra de Guadarrama (El Escorial), conocida por Cuelgamuros, para perpetuar la memoria de los caídos en nuestra Gloriosa Cruzada*, publicado no Boletín Oficial do Estado núm. 93, do 02/04/1940, páx. 2240.

34 Un Informe do 11/10/2011, emitido pola *Dirección de Conservación de Bienes Histórico-Artísticos* de Patrimonio Nacional, a petición da Comisión de expertos sobre o futuro do Val dos Caídos, indica que “*la situación de los grupos escultóricos sigue empeorando, deshaciéndose paulatinamente*”.

35 Segundo documento de *Erección del Templo como Basílica Menor*, asinado en Roma o 07/04/1960.

36 Como consta no documento de *Erección y constitución de Abadía exenta de la Santa Cruz del Valle de los Caídos*, asinado en Roma o 27/05/1958,

37 Os Acordos de 1979 foron recoñecidos polo Tribunal Constitucional como tratado internacional dende a STC 24/1982, polo que as negociacións para a exhumación revestirían o carácter de internacionais entre o Estado español e o Estado vaticano.

38 Segundo recolle a Acta do Notario Maior do Reino do 23/11/1975.

39 Vid. c. 1210 do *Codex Iuris Canonici*.



abundamento, o artigo 16.2 da Lei da Memoria Histórica prescribe que tampouco se poderán levar a cabo actos de natureza política, nin exaltadores da Guerra civil, dos seus protagonistas ou do franquismo, estendendo a prohibición a todo o conxunto monumental.

O cemiterio do Val dos Caídos conforma o maior osario da Guerra civil, e xa na súa orixe se entendía como un “*lugar retirado donde se levante el templo grandioso de nuestros muertos en que por los siglos se ruegue por los que cayeron en el camino de Dios y de la Patria*”, tal e como se recolleu no seu Decreto de construción do 1 de abril de 1940.<sup>40</sup> Posteriormente acabou acoollendo tamén os restos de republicanos executados nas zonas de retagarda, sepultados ata daquela en foxas comúns, así como os restos de soldados do Exército da República, mortos na batalla. Na actualidade, e segundo os rexistros conservados por Patrimonio Nacional, dende 1959 a 1983 foron inhumadas no Val dos Caídos 33.847 persoas.

O artigo 16 da Lei da Memoria Histórica establece unha diferenza entre o carácter público dos osarios e o sagrado da Basílica, o cal supón unha controversia na determinación exacta do status xurídico dos enterramentos. Neste sentido, é competencia do abade a suprema autoridade na Basílica e as súas dependencias, polo que a súa autoridade non pode estenderse aos osarios, que xa non están considerados como lugar sagrado.<sup>41</sup>

Estes, entendidos como cemiterio público, poden considerarse como un cemiterio público de carácter especial onde non existe -alomenos non conceptualmente dende 1978- discriminación entre as persoas inhumadas por razón de crenzas, que está sometido á potestade do Estado e que se rexe polo principio de estabilidade nos enterramentos, xa que as tumbas non son concesións a perpetuidade -como pode ocorrer nun cemiterio xeral-, senón que constitúen monumentos memoriais que o poder público tutela en homenaxe a determinados defuntos.<sup>42</sup>

40 Posteriormente “*se hace preciso adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a una de las finalidades perseguidas por la erección de dicho Monumento: la de dar en él sepultura a quienes fueron sacrificados por Dios y por España y a cuantos cayeron en nuestra Cruzada, sin distinción del campo en que combatieran, según impone el espíritu cristiano de perdón que inspiró su creación, siempre que unos y otros fueran de nacionalidad española y religión católica*”. Así se recolle no Informe da Comisión de expertos -punto núm. 13, páx. 10- segundo unha carta remitida por Camilo Alonso Vega, ministro da Gobernación e Presidente do *Consejo de las Obras del Monumento Nacional a los Caídos*, aos gobernadores civís o 23/05/1958.

41 *A sensu contrario* as disposicións do c. 1213 do *Codex Iuris Canonici* ao respecto.

42 Principio xeral establecido na *Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de enterramientos en cementerios municipales*, publicada no Boletín Oficial do Estado núm. 266, do 03/11/1978, páx. 25447.





### 3 A Fundación da Santa Cruz do Val dos Caídos e a Comunidade beneditina

A delimitación xurídica actual do conxunto monumental e natural vén dada polo Decreto-Lei do 23 de agosto de 1957, no que se crea a *Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos* e se determinan as súas funcións.<sup>43</sup> Segundo a norma, esta entidade ten plena capacidade xurídica e capacidade para administrar os seus bens, que son o propio Val dos Caídos, xunto cos seus edificios e mobiliario.

Por definición, unha Fundación é unha organización sen ánimo de lucro que, por vontade da persoa creadora, ten afectado de forma duradeira o seu patrimonio ao cumprimento dun fin determinado.<sup>44</sup> Esta estrutura debe ser gobernada por un Padroado, que actúa consonte ás regras establecidas na Carta de Fundación e nos Estatutos e está sometida ao control dun Protectorado da Administración Pública. Con base nesta definición a entidade creada no devandito Decreto-Lei do 23 de agosto de 1957 non reúne os requisitos para ser unha Fundación, xa que carece de patrimonio propio -ao ser o Val dos Caídos un ben de dominio público-, e onde ademáis as súas rendas “*nunca han sido otras que las transferencias, que se han hecho periódicamente desde el Presupuesto General del Estado*” e as súas dotacións “*se han adquirido directamente por Patrimonio Nacional*”.<sup>45</sup>

Ademáis, por se o anterior fora pouco demostrativo, o Padroado e o Protectorado da denominada Fundación da Santa Cruz do Val dos Caídos confúndense na persoa do xefe do Estado;<sup>46</sup> estando transferidas as súas funcións ao Consello de Administración de Patrimonio Nacional.<sup>47</sup> Polo tanto, pode detraerse que a denominada como Fundación da Santa Cruz do Val dos Caídos ten só aparencia de Fundación pola súa natureza, pero o seu funcionamento é análogo aos Reais Padroados, por iso non se lle pode aplicar a Lei de Fundacións.<sup>48</sup> Como tal Real Padroado funciona administrativa e economicamente como un servizo do ente Patrimonio Nacional.

No que ten a ver coa Abadía beneditina, o seu establecemento veu dado polo propio Decreto-Lei de creación da devandita Fundación, xa que nel se incluíu a necesidade de realizar un convenio entre o Padroado da Fundación coa Abadía beneditina de Silos para que a congregación asumira -entre outras- as labores de

43 *Decreto-Ley, de 23 de agosto de 1957, por el que se establece la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos*, publicada no Boletín Oficial do Estado núm. 226, do 05/09/1957, pp. 834-835.

44 Artigo 2 da Lei 50/2002, do 26 de decembro, de Fundacións, publicada no Boletín Oficial do Estado núm. 310, do 27/12/2002, pp. 45504-45515.

45 Vid. *Informe de la Comisión de Expertos sobre el Futuro del Valle de los Caídos*, punto 19, páx. 15.

46 Segundo o artigo 2º do Decreto-Lei do 23/08/1957.

47 Vid. artigo 2º do Decreto-Lei do 23/08/1957 en relación coa Disposición final terceira un da Lei 23/1982, do 16 de xuño, reguladora do Patrimonio Nacional.

48 Vid. Disposición Adicional primeira da Lei 50/2002, do 26 de decembro, de Fundacións.



culto na Basílica, a Dirección dun Centro de Estudos Sociais e as labores de coidado da Hospedería. Este convenio, celebrado o 29 de maio de 1958, segue a dar carta de natureza ao poder eclesiástico dentro do conxunto civil, de propiedade pública, xestionado a través do ente Patrimonio Nacional.

### III. O PROCEDEMENTO DE EXHUMACIÓN DE FRANCO E A INTERVENCIÓN XUDICIAL DO TRIBUNAL SUPREMO

No Auto da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo que imos tratar, e que foi adoptado o 4 de xuño de 2019, procede analizar se a preservación da finalidade lexítima do recurso contencioso-administrativo interposto polos netos do ditador Franco é suficiente para adoptar a medida cautelar de suspensión da exhumación programada polo Executivo español ou, se pola contra, existen razóns que impoñan a súa denegación.<sup>49</sup>

Os elementos a ter en conta son os seguintes:

a) O Consello de Ministros do Goberno de España tomou o Acordo, na súa sesión do 31 de agosto de 2018, de iniciar de oficio o procedemento disposto no artigo 16.3 da Lei 52/2007, do 26 de decembro, pola que se recoñecen e amplían dereitos e se establecen medidas en favor de quen padeceron persecución ou violencia durante a Guerra civil e a Ditadura.<sup>50</sup> Este artigo -como queda dito *supra*- dispuxo que no conxunto do Val dos Caídos só poderían repousar os restos mortais de persoas falecidas a consecuencia da Guerra civil española, como lugar de conmemoración, recordo e homenaxe ás vítimas da contenda.

b) Derivado do Acordo anterior, designouse instrutora do procedemento a dona Cristina Latorre Sancho, subsecretaria de Xustiza, á fin de realizar os actos oportunos para a tramitación do expediente, concedéndoselle á familia e ás demais persoas interesadas un prazo de quince días para que compareceran no procedemento e alegaran o que ao seu dereito conviñera.

c) Rematado o prazo para alegacións, o Consello de Ministros, na súa sesión do 8 de novembro de 2018, tomou o Acordo de continuar co procedemento de exhumación indicado anteriormente, ordenando á ministra de Xustiza -dona Dolores Delgado- remitir ao Concello de *San Lorenzo de El Escorial* o proxecto preciso para levar a cabo a exhumación do ditador. Este trámite sería encargado aos Servizos

49 A causa, seguida na Peza de Medidas Cautelares núm. 1 do Procedemento núm. 75/2019, foi instada polos irmáns dona María del Carmen, dona María de la O, dona María del Mar, don José Cristóbal, dona María Aránzazu, don Jaime Felipe Martínez-Bordiú Franco e don Francisco Franco Martínez-Bordiú; únicos netos do ditador Francisco Franco.

50 Anuncio da Subsecretaría de Xustiza do inicio do procedemento para dar cumprimento ao previsto no artigo 16.3 da Lei 52/2007, do 26 de decembro, pola que se recoñecen e amplían dereitos e se establecen medidas en favor de quen padeceron persecución ou violencia durante a Guerra civil e a Ditadura, publicado no Boletín Oficial do Estado núm. 222, do 13/09/2018, pp. 55501-55503.



Técnicos do ente Patrimonio Nacional, na súa cualidade de padroeiro da Fundación da Santa Cruz do Val dos Caídos. Tamén se ordenou á propia ministra de Xustiza solicitar informe non vinculante sobre o proxecto de exhumación á *Consejería de Sanidad da Comunidad de Madrid*, así como promover as actuacións oportunas para o acceso á Basílica, ao obxecto de efectuar a devandita exhumación.<sup>51</sup>

d) O Consello de Ministros, na súa sesión do 15 de febreiro de 2019, tomou o acordo de exhumar ao ditador Franco do Val dos Caídos, concedendo un novo prazo de quince días aos seus herdeiros, á fin de sinalar un lugar para a súa reihumación que cumprise os requisitos que permitisen garantir a orde pública e a seguridade cidadá.

e) Contra o anterior acto administrativo os netos do ditador Franco interpuxeron recurso contencioso-administrativo, solicitando a medida cautelar consistente na suspensión do Acordo do Consello de Ministros e os actos posteriores que, en execución do mesmo, poideran ser adoptados pola Administración demandada.

f) O Consello de Ministros, na súa sesión do 15 de marzo de 2019, declarou concluída a tramitación do expediente, establecendo a exhumación o día 10 de xuño de 2019, ás 10:00h; procedéndose posteriormente á reihumación xunto á súa falecida esposa, dona Carmen Polo e Martínez-Valdés, no cemiterio de Mingorrubio-El Pardo (Madrid).

g) Posteriormente, e a petición dos netos do ditador, a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo tomou o acordo de ampliar o recurso ao anterior Acordo.

O Auto comeza analizando os datos relevantes dos antecedentes recollidos *supra*, sinalando o carácter notorio que tiveron os feitos que precederon aos acordos e tamén o debate que produciu a súa fundamentación. Limitouse, pois, o alto Tribunal a circunscribir o obxecto do incidente xudicial: se a preservación da finalidade lexítima do recurso interposto esixe a adopción da suspensión cautelar ou non. Sinala igualmente a Sala que o seu pronunciamento non se produciu con anterioridade xa que o Acordo inicial do Consello de Ministros non comportaba *per se* a exhumación e porque foi o Acordo do 15 de marzo de 2019 o que fixou a data da mesma.

Os herdeiros do ditador Franco argumentan, a medio da súa representación procesual, -entre outras cousas- que os asiste a aparencia de bo Dereito e que, de non tomarse o acordo de suspender cautelarmente a exhumación, o seu recurso perdería a súa finalidade lexítima. Aducen tamén -sobre o *periculum in mora*- que “[...] *siendo cierto que, de prosperar su recurso y declararse contraria a Derecho la*

51 Anuncio da Subsecretaría de Xustiza da continuación do procedemento para dar cumprimento ao previsto polo artigo 16.3 da Lei 52/2007, do 26 de decembro, pola que se recoñecen e amplían dereitos e se establecen medidas en favor de quen padeceron persecución ou violencia durante a Guerra civil e a Ditadura, publicado no Boletín Oficial do Estado núm. 277, do 16/11/2018, pp. 69140-69142.



*actuación impugnada, sería materialmente posible sepultar de nuevo los restos donde han estado y están en estos momentos, no se evitaría a los recurrentes el daño que a ellos, a sus allegados y al exhumado se les habría causado y tendrían que pasar por el amargo trago de ver cómo se procede a la exhumación de su ser querido” afirmando que “no se puede exigir a una familia que soporte el desgarró que esto supone cuando, además, está guiado por el indisimulado deseo de humillar póstumamente la memoria de su pariente y se les impone el lugar del nuevo enterramiento”.*

A contestación da Avogacía do Estado susténtase na lexislación española sinalada *supra*, e concretamente na modificación da Lei 52/2007, que configura ao Val dos Caídos como “lugar de conmemoración, recordo e homenaxe ás vítimas da contenda”, indicando -entre outros argumentos- que o proceso seguido foi estritamente o prescrito na Disposición adicional sexta desta norma. A Avogacía do Estado nega a existencia do *periculum in mora*, citado anteriormente, xa que -na súa opinión- a situación que se produciría de levarse a cabo a exhumación e estimarse despois o recurso contencioso-administrativo sería perfectamente reversíbel, podendo realizarse con pleno respecto á dignidade debida ao ditador, á súa familia e ás súas conviccións relixiosas.

A cuestión debatida foi despachada pola Sala no sentido de suspender cautelarmente a exhumación dos restos mortais do ditador Franco, disposta polo Acordo do Consello de Ministros do 15 de febreiro de 2019 e fixada polo Acordo do 15 de marzo de 2019 para o 10 de xuño do mesmo ano.

Atendendo á preservación da finalidade lexítima do recurso, contida como primeiro dos criterios da Lei da Xurisdición Contencioso-Administrativa -no seu artigo 130.1- para a ponderación dos intereses en xogo, a Sala entende que a controversia que se daría de prosperar o recurso dos herdeiros do ditador *“comportaría un muy grave trastorno para los intereses públicos encarnados en el Estado y en sus instituciones constitucionales, habida cuenta de la significación de don Francisco Franco Bahamonde”* engadindo que *“El hecho de que fuera Jefe del Estado desde el 1 de octubre de 1936 hasta su fallecimiento el 20 de noviembre de 1975 atribuye a toda la controversia unos rasgos especiales que no se pueden ignorar y que permiten atribuir un perjuicio irreversible a la ejecución de la decisión del Consejo de Ministros”.*

Con este fallo, de apariencia garantista tanto para os intereses dos recorrentes como do Estado -recorrido-, ignora intencionadamente o alto Tribunal na ponderación das circunstancias concorrentes que os restos mortais que se pretenden exhumar son os dun xefe de Estado que chegou ao poder mediante un alzamento militar violento que deixou milleiros de persoas mortas e exiliadas -quer no exilio exterior, quer no exilio interior- e que instaurou unha Ditadura que asolou o Estado durante case catro décadas. Pasa por alto, igualmente, que o ditador Franco non era xefe do Estado o 1 de outubro de 1936, xa que o lexítimo Goberno da II República española non foi



sucedido -alomenos- ata o 1 de abril de 1939, data da vitoria franquista na Guerra civil.<sup>52</sup>

O anterior, xa que logo, non constitúe unha sorte de argumento para a revancha política póstuma, senón que -como sinalamos *supra*- supón unha necesaria medida de resignificación do conxunto monumental do Val dos Caídos, en aras de establecer en España unha política pública de reconciliación coa historia máis recente, contribuíndo a reparar a memoria das vítimas e a minimizar discursos e actitudes constitutivas -entre outros- de delitos de odio contra unha parte da poboación por razón de crenzas políticas, para o que existen multitude de instrumentos xurídicos que convidan -directa ou indirectamente- á referida exhumación do ditador fóra do Val dos Caídos.

#### IV. Conclusións

Malia térmonos dotado dunha vía legislativa que permite -teóricamente- ao Goberno unha reconfiguración do conxunto monumental do Val dos Caídos, coa aprobación da Lei da Memoria Histórica, os sucesivos Executivos españois foron incapaces de levar a termo as súas limitadas disposicións. Son claro exemplo o tema que vehiculiza o presente texto -a exhumación do ditador Francisco Franco-, a reconfiguración da Fundación da Santa Cruz do Val dos Caídos ou a resignificación do conxunto monumental a través dunha actuación pedagóxica integral, como seguidamente ampliaremos.

Como referimos na selección normativa escollida, documentos como a Proposta de Resolución do Parlamento Europeo convidan encarecidamente a España a asumir plenamente os valores democráticos recollidos nos textos de diversos instrumentos internacionais ratificados polo propio Estado en diferentes momentos das últimas décadas. Cremos que a referida Proposta de Resolución, no referido á negación do Holocausto e á minimización dos crimes cometidos polos nazis e os seus colaboradores, establece un medio de perfecta comparación cos feitos acontecidos en España -con distinta intensidade- dende 1936 a 1978, como episodio histórico onde se produciron violacións masivas de Dereitos Humanos e feitos constitutivos de delitos de odio -que perviven na actualidade-. Deste xeito, o mantemento do ditador Francisco Franco no Val dos Caídos e a permisividade coa que se permiten os discursos exaltadores da Guerra civil, dos seus protagonistas ou da propia Ditadura negan uns feitos históricos incontrovertíbeis ou claramente establecidos, en contra

<sup>52</sup> Con todo, cabe sinalar que a data é discutida, xa que o Goberno republicano en España non se dissolveu ata o 27/07/1939, continuando como Goberno no exilio ata 1977, onde aínda estiveron funcionando diversas institucións republicanas e varios países seguiron recoñecendo ao Goberno no exilio como lexítimo.





do criterio xurisprudencial do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, ao que España está sometida.

O Goberno de España posúe unha ampla capacidade de disposición sobre o Val dos Caídos, a través do ente Patrimonio Nacional, polo que urxe a extinción da denominada Fundación da Santa Cruz do Val dos Caídos, ao ser -en realidade- un Real Padroado adscrito a Patrimonio Nacional que deixou de cumprir a maioría dos fins para os que foi instituída. Neste sentido, é preciso que o Executivo modifique o convenio coa Abadía de Silos para actualizar o réxime xurídico que corresponda aos espazos relixiosos e de culto do conxunto monumental, á luz das disposicións da Lei da Memoria Histórica e do recoñecemento da aconfesionalidade do Estado na propia Constitución española.

A inviolabilidade da Basílica por parte da autoridade estatal, aos efectos de trasladar dentro do conxunto os restos de José Antonio Primo de Rivera e de exhumar e trasladar fóra do Val dos Caídos os restos do ditador Francisco Franco, non é óbice para que, logo das xestións e preceptiva autorización do Abade beneditino, ou do Papa -como superior xerárquico-, se poidan realizar as intervencións oportunas no interior da devandita Basílica nun clima de lealdade institucional e lexitimidade política, en cumprimento dos instrumentos de informe e asesoramento citados *supra* e, sobre todo, dada a recente reforma da Lei 52/2007, polo Real Decreto-Lei 10/2018, coa materialización do artigo 16.3 e da Disposición adicional sexta bis.

É neste sentido que se fai preciso valorar nunha posición preeminente os Dereitos Humanos e a súa reiterada e grave conculcación durante os feitos históricos acontecidos en España no período 1936-1978, como garantía dos procesos de verdade, xustiza e reparación das vítimas. Así, o fallo da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, que suspende cautelarmente a exhumación do ditador Franco do Val dos Caídos non fai máis que afondar no clima socio-político de tensión entre opinións encontradas.

A xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos é favorábel a rexeitar as demandas tendentes á negación de feitos históricos incontrovertíbeis ou claramente establecidos -como o Holocausto xudeo-, polo que adocendo os elementos valorados polo Tribunal Supremo español dun claro criterio de revisionismo histórico, converten o seu fallo nunha fenda máis no duro camiño cara a asunción dun discurso normalizado en favor da debida Memoria histórica.

## Bibliografía

ABAD LICERAS, José María, **Ley de Memoria Histórica (La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos)**, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.



DE GREIFF, Pablo, **Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición**, Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, Naciones Unidas, 2014.

DE LEMUS DIEGO, María Teresa, “**Los símbolos religiosos en la Ley de la Memoria Histórica**”, en **Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado**, núm. 35, 2014.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), **Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático**, 2ª edición, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, 2009.

PÉREZ DE PRADA, Luís, **Informe sobre el estado constructivo de los osarios en la Basílica del Valle de los Caídos**, Dirección de Conservación de Bienes Histórico-Artísticos, Patrimonio Nacional, 2011.

VV.AA., **Informe de la Comisión de Expertos sobre el Futuro del Valle de los Caídos**, Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, 2011.

VV.AA., **Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre su visita a España (23 a 30 de septiembre de 2013)**, Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, Naciones Unidas, 2014.



# A TECNOLOGIA COMO FATOR DE PODER: ANÁLISE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Larissa A. Coelho<sup>1</sup>

No âmbito do Seminário Internacional Hispano-Luso Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, ocorrido nos dias 11 e 12 de abril de 2019 na Universidade do Minho, que integrou o Ciclo de Seminários INTEROP, subordinado ao tema “Justiça e democracia: direitos fundamentais e políticas públicas na era digital”, tivemos oportunidade de expor na sessão dedicada às teses e antíteses a questão abaixo versada que corresponde a parte dos estudos doutorais que se encontram em desenvolvimento.

Partindo de uma observação encetada com base em duas premissas, por um lado o constitucionalismo e por outro, a tecnologia somos levados a pensar o Direito para além da norma e a mergulhar no contexto social que fundamenta e origina a chamada revolução digital, sendo certo que neste início de século XXI o paradigma constitucional exige um reexame, visto que a sua noção clássica, fruto das revoluções do século XVIII, depara-se com uma série de mudanças no âmbito político, económico e social que obrigam a que este seja pensado para além da figura do Estado-Nação. Ao mesmo tempo, os avanços tecnológicos tornam-se motor de uma mudança na forma do homem estar e atuar em sociedade, gerando novas implicações ao constitucionalismo.

Face a este cenário questionamos se a tecnologia, no futuro, será uma fonte de poder ou um meio para o exercício do poder, tendo como ponto de partida a leitura de dois teóricos da sociologia constitucional, Gunther Teubner e Ferdinand Lassalle, que embora tenham um século de distância entre seus estudos, dedicam-se à análise das metamorfoses sociais e do poder. Justificando-se este aporte teórico no fato de Lassalle ser o cérebro que desenvolve a conceção sociológica da constituição, para a qual relevam os “[...] fatores sociais que condicionam o exercício do poder”,<sup>2</sup> enquanto Teubner desponta como um dos principais nomes a desenvolver esta teoria na atualidade, sobretudo e em função das atuais tendências multiníveis e

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho. Investigadora do Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov). Bolsista pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT. O tema analisado neste artigo foi também desenvolvido sob o título “A inteligência artificial e a questão constitucional”, apresentado na Mesa Redonda de Jovens Investigadores na Conferência Final do Projeto INTEROP, nos dias 02 e 03 de maio de 2019 na Universidade do Minho, Portugal.

2 Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 71. A importância da definição de quem detém o poder e de seu exercício pode ser compreendido com a seguinte afirmação “[...] se não soubermos como funciona o poder e quem o detém, dificilmente conseguiremos propor mudanças e atuarmos na construção de uma sociedade mais justa”, cfr. SILVA, Enio Waldir da. *Sociologia jurídica*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012. p. 22.



da descentralização do poder que rondam o constitucionalismo. Assim, objetiva-se examinar, no quadro dos novos problemas constitucionais, se a tecnologia em específico, com referência à inteligência artificial, pode ser associada ao conceito do fator de poder, num período dominado pela digitalização, privatização e globalização subjacente ao pensamento da constitucionalização da sociedade numa perspectiva multinível e em virtude das modificações que a revolução digital vem causando na organização social.

Sendo certo que o constitucionalismo clássico fora outrora também, ele próprio, um marco na história do homem, por moldar a forma deste ser e estar em sociedade, é considerado por Maurizio Fioravanti como um dos períodos “mais decisivos na história do constitucionalismo” por inaugurar um “novo conceito e uma nova prática”,<sup>3</sup> ilustrado numa constituição escrita, garante dos direitos fundamentais, da separação de poderes, do governo representativo, da limitação do poder governamental, da responsabilidade política e pela independência dos tribunais, herança da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e que hoje completa cerca de 245 anos.

Para Horst Dippel, os princípios do constitucionalismo moderno tiveram origem na pergunta: como a liberdade individual poderia assegurar-se permanentemente contra as intervenções do governo? E durante esse período, pelo menos no mundo ocidental, nenhuma Constituição se atreveu a questionar ou a desafiar os princípios do constitucionalismo clássico. Pelo contrário, a sua incorporação nos diversos textos constitucionais transforma o constitucionalismo moderno, ou melhor, os elementos do constitucionalismo moderno, de uma ideia franco-americana num fenómeno transnacional, cuja repercussão se dá globalmente.<sup>4</sup>

E diante de tais observações Dippel conclui que, apesar dos estudos sobre o constitucionalismo no geral e o seu impacto em diversos países, estamos no tempo em que é necessário reescrever-se a história do constitucionalismo, nas suas palavras, uma “história do constitucionalismo moderno [que] deliberadamente se torna alheia aos passos da história do constitucionalismo nacional e se inicia numa perspectiva global”. Sendo que “[...] [t]udo o que necessitamos é de uma nova leitura, que promete abrir um enorme espaço, de novos panoramas”.<sup>5</sup>

E é neste seguimento, na busca por se deslindar novos panoramas, consoante afirma Dippel, ou dos novos desenhos constitucionais como escreve Gomes Canotilho,<sup>6</sup> que os atuais movimentos constitucionais, como o constitucionalismo multinível, a interconstitucionalidade, o constitucionalismo societário, o constitucionalismo

3 Cfr. FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bolonia: Il Mulino, 1999. p. 102.

4 Cfr. DIPPEL, Horst. “Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita”. *Historia Constitucional*, Gijón, n.º 6, septiembre, 2005, p. 183-190.

5 Cfr. DIPPEL, Constitucionalismo moderno, op. cit., p. 199 (tradução nossa).

6 Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.



cooperativo e o transconstitucionalismo visam dar respostas aos novos problemas constitucionais.<sup>7</sup>

Problemas esses que surgem: i) das mudanças sociais, ii) das transformações do globo promovida pelo homem, como por exemplo as questões ambientais, iii) nas mudanças do próprio homem em função das transformações do globo, no qual podemos citar a problemática dos refugiados ambientais, iv) nos problemas que advêm do desenvolvimento geoestratégico como as migrações, as políticas de segurança e os conflitos armados, v) das interações e intervenções económico-financeiras e iv) do desenvolvimento tecnológico, base esta para uma nova revolução: *a revolução digital*, que permite o *upgrade* do próprio homem, enquanto *homo digitalis* e que abre a porta para o emergir de uma nova escrita da história do constitucionalismo, sob o signo dos direitos fundamentais na era digital. Isto porque, como salienta Klaus Schwab, a revolução tecnológica apresenta desafios e transforma toda a sociedade, visto que altera a maneira como “[...] vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”, e conforme argumenta o autor, encontramos-nos perante a fusão dos mundos “físico, digital e biológico”,<sup>8</sup> consequentemente novos paradigmas passam a ser anunciados e questões são colocadas aos até então existentes.

E em razão destas transformações, ou, para utilizarmos a expressão de Ulrich Beck, *metamorfose*,<sup>9</sup> muitas são as questões que se levantam,<sup>10</sup> as quais ainda não conseguimos dar respostas; e é nesta sequência que apresentamos a questão inicialmente exposta: poderíamos considerar que a tecnologia no futuro será uma *fonte de poder* ou apenas um *meio* para o exercício do poder? Isto porque, a revolução digital iniciada entre as décadas de 1970-80 do século passado “[...] não se refere apenas a máquinas e sistemas inteligentes e conectados. O seu alcance é muito mais vasto”. Assim, a “segunda era da máquina”<sup>11</sup> apresenta uma tecnologia ainda mais sofisticada e integrada, na qual os *hardwares* e os *softwares* “transformam as

7 Sobre os movimentos constitucionais ver: COELHO, Larissa A. “O constitucionalismo para o século XXI”. In: COELHO, Larissa; COHEN, Ana Carolina; LOURENÇO, Maria João; TOLEDO, Raphaela (org.). *Encontro de Investigadores EDUM 2018*, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019, p. 81-92 e COELHO, Larissa A. “O ensino do direito constitucional na era da globalização”. In: COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (org.). *Desafios do ensino jurídico no século XXI*. Maringá, Pr: IDDM, 2018. p. 361-387.

8 Cfr. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Oeiras: Levoir, 2017. p. 5.

9 Cfr. BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2017.

10 A título de exemplo, Klaus SCHWAB (*A quarta revolução*, op. cit., p. 6-7) apresenta uma série de questões que tem assolados os cientistas das mais variadas áreas, dentre eles os cientistas do direito, que têm por base sobremaneira as seguintes interrogações: “como é que a tecnologia está a mudar as nossas vidas e as das gerações futuras” e/ou “como é que [a tecnologia] está a reformular o contexto económico, social, cultural e humano em que vivemos”. Isto porque, justifica o autor, “[e]sta revolução não está apenas a mudar o ‘que` fazemos e o ‘como` fazemos mas também ‘quem` somos”.

11 Cfr. BRYNJOLFSSON, Erik; MACAFEE, Andrew. *The Second Machine Age: Work, Progress and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*. New York: W.W. Norton & Company, 2014.





sociedades e a economia global”.<sup>12</sup> Do mesmo modo que os desenvolvimentos da medicina no século XVIII foram a causa para uma revolução não apenas na arquitetura hospitalar, mas motivou um grande movimento de reforma das instituições e do próprio entendimento médico, a que Michel Foucault classificou como “[...] o efeito e o suporte de um novo tipo de olhar”<sup>13</sup> e à tecnologia também podemos aplicar essa mesma compreensão.

Dentre os vários desenvolvimentos atuais da tecnologia,<sup>14</sup> importa-nos para o presente estudo destacar a *inteligência artificial*, considerada pela Comissão Europeia como a “[...] tecnologia mais estratégica do século XXI”.<sup>15</sup> A inteligência artificial, popularmente conhecida pela sua sigla IA, foi definida no documento apresentado em abril de 2019, pelo Grupo de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial (GPAN IA), criado pela Comissão Europeia, como sendo um “[...] sistema de software (e eventualmente também de hardware) concebido por seres humanos [...]” que recebem um objetivo complexo, atuando “[...] numa dimensão física ou digital [...]” com vista à “[...] aquisição de dados, interpretando os dados estruturados ou não estruturados recolhidos, raciocinando sobre o conhecimento ou processando as informações resultantes desses dados e decidindo as melhores ações a adotar para atingir o objetivo estabelecido”.<sup>16</sup>

Simplificando sua definição, a inteligência artificial consiste num sistema que apresenta “[...] um comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e tomando medidas – com um determinado nível de autonomia – para atingir objetivos específicos”.<sup>17</sup> A sua aplicação tem sido observada, principalmente, na

12 Cfr. SCHWAB. *A quarta revolução*, op. cit., p. 10.

13 Cfr. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Org. e trad. Roberto Machado, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 209

14 Podemos citar como ilustração aos novos desenvolvimentos da tecnologia o sequenciamento genético, a nanotecnologia, as energias renováveis, a computação quântica, a inteligência artificial e a aprendizagem automática. Essas são as principais matérias que compõe a Revolução 4.0 que suplanta a descoberta dos computadores (Terceira Revolução Industrial); da produção em massa (Segunda Revolução Industrial) e dos caminhos de ferro e da máquina a vapor (Primeira Revolução Industrial). A tecnologia do século XXI caracteriza-se pela capacidade de criar “[...] objectos que são continuamente mutáveis e adaptáveis” cf. SCHWAB. *A quarta revolução*, op. cit., p. 9-13.

15 Cfr. UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Inteligência artificial para a Europa*. 25.04.2018 (COM (2018) 237 final), p. 2, disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/PT/COM-2018-237-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>, acesso em: 30 jul. 2019.

16 Cfr. GRUPO DE PERITOS DE ALTO NÍVEL SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL – GPAN IA. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 47, disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, acesso em 30 jul. 2019.

17 Cfr. Comissão Europeia, COM (2018) 237 final, p. 1. Esta imersão pelo mundo digital tem modificado dois vetores essenciais para o delineamento da história do homem: o *espaço* e o *tempo*, importantes para a definição das condições subjetivas das sensibilidades sócio-jurídicas nas quais



criação de veículos autónomos, assistentes virtuais, motores de busca na internet, drones e *softwares* de tradução, que têm na sua base a capacidade para processar e disponibilizar uma grande quantidade de dados,<sup>18</sup> mas que, embora tenha sido criada pelo homem, não depende deste para a prossecução dos seus fins, pelo contrário, “[m]uitos destes algoritmos aprendem a partir de pistas com ‘migalhas’ de dados que nós deixamos no mundo digital”, uma vez que fundamentam-se na “[...] ‘aprendizagem automática’ e detecção automatizada que permitem a computadores e robôs ‘inteligentes’ autoprogamar-se [...]” com a finalidade de “[...] encontrar as melhores soluções a partir de princípios iniciais”.<sup>19</sup>

Em função deste entendimento, quanto à capacidade desses *softwares* de recolherem e tratarem os dados autonomamente, a partir da aplicação da aprendizagem automática, é que questionamos se não estaríamos a desenvolver uma tecnologia com capacidades tais de exercer o poder, ou ainda, se de tornar um meio para o exercício do poder, o que em linguagem jurídico-constitucional significa ser esta tecnologia um ator que influencia a interpretação e a criação de normas constitucionais, o que a doutrina classifica como fator social de poder, colocando-nos no âmbito das mudanças promovidas por fontes constitucionais não formais.<sup>20</sup>

E esta questão coloca-se na esteira do cruzamento do estudo de dois teóricos do constitucionalismo que perfazem uma análise sociológica da constituição, Gunther Teubner e Ferdinand Lassalle, visto que afastam a análise de uma visão purista do Direito, com objetivo de observar a confluência de fatores sociais e jurídicos.<sup>21</sup>

---

este se insere, que passam neste novo cenário a possuir uma dimensão única, “[...] creando così la sensazione che tutti abitino lo stesso mondo”, cfr. DAL LAGO, Alessandro. *Populismo digitale: la crise, la rete e la nuova destra*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2017. p. 61, sobre a noção de tempo e espaço aqui entendida ver REALE, Miguel. “Espaço-tempo e cultura”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 105-110.

18 Cfr. SCHWAB. *A quarta revolução*, op. cit., p. 13. Para além da aplicação descrita acima, a inteligência artificial tem sido empregue no tratamento de doenças crónicas, nos serviços de emergências médicas, na redução das taxas de mortalidade em acidente de viação, na agricultura e pecuária, na luta contra as alterações climáticas e na prevenção a ameaças à cibersegurança, cf. Comissão Europeia, COM (2018) 237 final, p. 1.

19 Cfr. SCHWAB. *A quarta revolução*, op. cit., p. 13-14.

20 Cfr. DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso: estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del Estado Social*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997. p. 189.

21 Sobre a sociologia constitucional consultar também: THORNHILL, Chris. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. New York: Cambridge University Press, 2011; THORNHILL, Chris. “Towards a historical sociology of constitutional legitimacy”. *Theory and Society*, Berlim, vol. 37, n.º 2, 2008, p. 161-197. Sobre a sociologia constitucional transnacional consultar: THORNHILL, Chris. *A sociology of Transnational Constitutions: social foundations of the post-national legal structure*. London: Cambridge, 2016; NEVES, Marcelo; PALMA, Maurício. *Sociologia constitucional e governança global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018 e FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*. São Paulo: Juruá, 2016.



E, desenvolvendo a questão, Lassalle, em seu discurso *Über Verfassungswesen*, proferido em Berlim, no ano de 1862, em referência aos acontecimentos decorrentes da Revolução de Março de 1848 e da Constituição alemã de 1850, além de tecer críticas ao sistema antidemocrático da Constituição prussiana, identificava que uma Constituição, para que não seja uma folha de papel, deve refletir a *soma dos fatores reais de poder*.<sup>22</sup> Isto porque, para Lassalle, os problemas constitucionais são problemas de poder e, para o autor, os fatores reais de poder são capazes de modificar a sociedade, ou seja, são os sujeitos ou as instituições que influenciam a sociedade e a sua organização, como também, o sentido a ser dado à interpretação da Constituição, visto que são esses fatores que nos permitem identificar *quem* detém o poder, bem como os seus interesses no âmbito económico, social e político. Nas palavras do autor, os fatores reais de poder “[...] que vigoram no seio de cada sociedade constituem essa força activa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade [...]”.<sup>23</sup> No contexto desta obra esses fatores correspondiam à monarquia, à aristocracia, à grande burguesia, aos banqueiros e à classe operária.<sup>24</sup>

Atualmente, observarmos o discurso de Gunther Teubner sobre a tese do constitucionalismo societário, cujo estudo desenvolve-se com base em David Sciulli, que pretendia construir um “[...] quadro conceitual que permitisse analisar e compreender as organizações e instituições da sociedade que influenciam o sentido das mudanças sociais, no contexto de um Estado [...]”.<sup>25</sup> Trazendo esta tónica para o campo jurídico, Teubner identifica que vivenciamos um período em que há uma transferência do poder político para atores privados, no qual se transmite para diversas instituições que atuam fora do domínio público certas políticas dos Estados. Comportamento que se fundamenta na busca por respostas aos três grandes problemas atuais, quais sejam, a digitalização, a privatização e as redes globais, o que nos coloca diante de uma *nova questão constitucional*, visto que convivemos com a descentralização da política no contexto da sociedade mundial.<sup>26</sup>

Para Teubner, esses atores correspondem à economia, ciência e tecnologia, educação, organizações não governamentais, grupos financeiros, empresas multi e transnacionais e corporações, em que cada ator, ou nas palavras do autor, subsistema, teria a sua própria constituição – constituição civil parcial – que em conjunto conformaria a constituição civil global, na qual se congrega as decisões

22 Cfr. LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Lisboa: Escolar Editora, 2013.

23 Cfr. LASSALLE. *O que é uma Constituição*, op. cit., p. 76.

24 Cfr. LASSALLE. *O que é uma Constituição*, op. cit., p. 77-82.

25 Cfr. CANOTILHO, Mariana Rodrigues. *O princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais*. 2008. 263 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas)– Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, p. 53 e SCIULLI, David. *Theory of societal constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

26 Cfr. TEUBNER, Gunther. “Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado”. *AFDUAM*, Madrid, nº 9, 2005, p. 200-202.



de política global, posto que, conforme argumenta Teubner devemos “[...] repensar la constitución en dirección a la globalidad política, teniendo en cuenta el proceso interestatal [...]”.<sup>27</sup>

Ora, os *atores privados* identificados por Teubner seriam, a nosso ver, uma atualização da leitura dos *fatores sociais* apontados por Lassalle, que passam, por sua vez, a deter ou partilhar o poder e, conseqüentemente, a influenciar a interpretação da Constituição e da organização social. Neste sentido, Teubner reconhece a tecnologia enquanto fator de poder ao afirmar que os embates advindos das tentativas de regulação estatal em função da ciberanarquia e do mercado digital, são conflitos político-constitucionais de primeira categoria, cujo desenvolvimento lentamente afirma uma organização a que classifica como de um direito a uma constituição digital.<sup>28</sup> Como exemplo desta realidade podemos citar o Regulamento Geral de Proteção de Dados<sup>29</sup> enquanto implemento jusconstitucional no Mercado Único Digital por parte da União Europeia no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e a circulação desses dados promovida tanto por agentes públicos, como por privados.

Assim, neste cenário, verificamos que a tecnologia, e em específico, a inteligência artificial, vem modificando a forma do homem *estar e atuar* na sociedade, muitas vezes substituindo-se a este ou interagindo com ele e, ao mesmo tempo, gerando uma nova divisão social entre os *infoincluídos* e os *infoexcluídos*, o que nos coloca novamente (como há cerca de 200 anos atrás) diante de um *novo conceito* e de uma *nova prática constitucional*.

No que toca à interação entre essa tecnologia e os direitos fundamentais acompanhamos uma célere e direta aproximação. Para tanto, numa rápida consulta pelo programa mais popular da inteligência artificial, o *Google*, encontramos blogueiros, ativistas e acadêmicos com uma visão positiva sobre essa relação, que

27 Cfr. TEUBNER. *Globalización y constitucionalismo social*, op. cit., p. 202. Para uma melhor compreensão da tese defendida do Gunther Teubner ver os desenvolvimentos sobre a teoria do constitucionalismo societário em: TEUBNER, Gunther. “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten”. *Verfassungstheorie. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, Munique, vol. 63, 2003, disponível em: <[http://www.zaoerv.de/63\\_2003/63\\_2003\\_1\\_a\\_1\\_28.pdf](http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_1_a_1_28.pdf)>, acesso em 30 jul. 2019 e TEUBNER, Gunther. “Reflexões sobre a constitucionalização do sistema de poder mundial”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Recife, vol. 5, n.º 1, jan/abr., 2018, disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21910/rbsd.v5n1.2018.231>>, acesso em: 30 jul. 2019.

28 Cfr. TEUBNER. *Globalización y constitucionalismo social*, op. cit., p. 204. Ver também: JOHNSON, David R.; POST, David. “The New ‘Civic Virtue’ of the Internet”. *First Monday*, Bridgman, vol. 3, n.º 1, jan., 1998, disponível em: <<https://doi.org/10.5210/fm.v3i1.570>>, acesso em: 30 jul. 2019. Sobre o desenvolvimento de uma política constitucional europeia no âmbito tecnológico ver ABREU, Joana Covelo de. “Digital Single Market under EU political and constitutional calling: European electronic agenda’s impact on interoperability solutions”. *UNIO - EU Law Journal*, Braga, vol. 3, n.º 1, Jan., 2017, p. 123-140, disponível em: <<https://doi.org/10.21814/unio.3.1.13>>, acesso em: 30 jul. 2019.

29 Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE, *OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88*.



se fundamenta no fato de um programa de inteligência artificial poder ajudar a gestão da *res pública*, sobretudo potencializando um aumento no índice de satisfação dos cidadãos quando associado à gestão das políticas públicas, por consentir o processamento *exabytes* de informação e a possibilidade de transformar essa informação em indicadores que permitam aos governos perceber o que necessita a sua população, promovendo uma política redistributiva real, equitativa, e transparente uma vez que a inteligência artificial dá lugar à resolução dos problemas de alocação dos recursos através do cruzamento de dados. Apresentando-se deste modo como o braço tecnológico para a implementação do “sonho rousseauiano”.<sup>30</sup>

Por outro lado, num claro exemplo da aplicação da inteligência artificial no âmbito das políticas de liberdade, acompanhamos uma crescente implementação deste sistema nos diversos setores do poder judiciário, que não se restringe apenas a colher e distribuir informações acerca do conteúdo de decisões judiciais, mas especialmente tem sido aplicada para tornar mais célere os processos judiciais, chegando mesmo a uma espécie de substituição do juiz em certas demandas. Sobre esta realidade, David Wilkins explica que, nos Estados Unidos, se tem difundido a utilização da inteligência artificial em substituição aos julgamentos para a determinação da fiança. Segundo Wilkins, o programa decide com base no “[...] aprendizado da máquina sobre todas as decisões anteriores que foram feitas por juízes”<sup>31</sup> para decidir sobre a instauração ou não de audiência.

No entanto, Wilkins chama a atenção para o fato de que, pelo menos nos Estados Unidos, “muitas das decisões anteriores foram resultados de um viés racial” e, especialmente quanto a fiança, afirma ser notório que a sua aplicação se fundamenta em quesitos raciais, logo, conclui que se “[...] construirmos um algoritmo baseado em performances anteriores, vamos levar todo o viés racial para o sistema”.<sup>32</sup> Neste mesmo sentido, Jamie Bartlett disserta que um sistema que se alimenta da recolha de dados potencialmente torna-se um caminho para a manipulação, distração e uma progressiva perda da liberdade de escolha e autonomia, defendendo que a tecnologia irá destruir a ordem social e a democracia tal qual nós a conhecemos,<sup>33</sup>

30 A expressão “sonho rousseauiano” é utilizada por FOUCAULT. *Microfísica do poder*, op. cit., p. 215, para descrever uma sociedade transparente, raciocínio que pode ser para aqui transportado por entender esta como uma sociedade visível e legível, na qual não existem zonas obscuras, nem zonas reguladas pelos privilégios e pela desordem, sendo uma sociedade transparente e integrada, que hoje se tenta construir com a ajuda da tecnologia.

31 Entrevista feita a David Wilkins por Mariana OLIVEIRA. “A advocacia vai continuar um negócio de capital humanos, diz vice-reitor de Harvard”. *Revista Consultor Jurídico*, 2019, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-30/entrevista-david-wilkins-vice-reitor-direito-harvard>>, acesso em: 30 jul. 2019. Sobre a utilização de inteligência artificial para a resolução de conflitos jurídicos ver ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco; CARNEIRO, Davide; NOVAIS, Paulo. “A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha”. *Scientia Iuridica*, Braga, Tomo LIX, n.º 321, 2010.

32 Cfr. OLIVEIRA. *A advocacia vai continuar um negócio*, op. cit.

33 Cfr. BARTLETT, Jamie. *The People vs Tech: how the internet is killing democracy (and how we save*





não promovendo uma análise individualizada e exaustiva, que tenha em conta a “[...] ‘sensibilidade’ necessária para se aperceber dos desejos e emoções [...]”<sup>34</sup> inerentes nas adversidades em confronto.

Deste modo, ao permitirmos que um *computador inteligente* aprenda, guarde e replique informações, na busca por soluções ótimas, qual será o produto da maturação do arcabouço das informações jurídicas a que tenha contato, especialmente, qual a leitura que fará esse algoritmo dos últimos 200 anos de constitucionalismo? O que aprenderá essa máquina?

Neste cenário, ainda que utópico, alguns dirão que as soluções ótimas do algoritmo refletirão a evolução no campo da proteção dos direitos fundamentais. Porém, lembremos que essa leitura, essa aprendizagem, terá por base não apenas as promessas legislativas, mas a prática, a norma aplicada ou a falta dela, o espírito presente em todas as sentenças judiciais, o que nos poderá mostrar que vivemos sob um sistema corrompido que, em *nome* do Direito e da proteção de direitos fundamentais, se cometem mais atrocidades, que se privilegiam determinadas classes ou em que se ignoram as vítimas.

E mais, sabemos que o programa se torna cada vez mais autônomo quanto mais se alimenta, aprende, e assim, como poderemos garantir nossa liberdade face às suas possíveis intervenções? Por isso, e em relação ao exposto, visto que vai-se tornando cada vez mais visível que a revolução digital modifica a forma do homem estar em sociedade é que perguntamos: a tecnologia no futuro será uma *fonte de poder* ou apenas um *meio para o exercício do poder*?



---

it). London: Ebury Press, 2018. p. 1-11.

34 Cfr. ANDRADE; CARNEIRO; NOVAIS. *A inteligência artificial*, op. cit., p. 4

# INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA ATRAVÉS DO INSTRUMENTO DA SOLIDARIEDADE PELA MATERIALIZAÇÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

*Jorge Renato dos Reis<sup>1</sup>*

*Bárbara Michele Morais Kunde<sup>2</sup>*

O homem é considerado humano justamente por sua autonomia quanto ao emprego da razão e da vontade na determinação de sua própria vida, sem tais atributos da integridade, estaria desnaturado e, conseqüentemente, impedido de se realizar.

Assim, o elemento ético da dignidade passou a ser a autonomia do indivíduo em decidir os caminhos de sua própria vida e desenvolver livremente sua personalidade, fenômeno que se opera desde a mais tenra infância, amadurece na juventude e se consolida na idade adulta.

Santo Tomás de Aquino já reconhecia que a sociedade era regida pelo princípio da totalidade em que o bem da parte deve estar subordinado ao bem do todo.<sup>3</sup>

Todavia, em que pese tenha Tomás de Aquino enunciado já no século XIII que além de trazer inata a necessidade de viver em sociedade, como forma de garantir a sua existência, o homem estava ontologicamente ligado a Deus, tal visão não foi preservada, notadamente na vertical ascendência do poder do clero sobre as relações sociais nos períodos subsequentes.

Passados cinco séculos, a reação culminou na inauguração da Idade Contemporânea, deflagrada pela Revolução Burguesa, sob o lema da liberdade, igualdade e fraternidade.

Conseqüentemente, o teocentrismo perdeu campo e, deslocou-se o homem

1 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos – Unisinos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Graduado pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. Advogado. Professor no curso de graduação e pós-graduação “strictu sensu” na Unisc. Coordenador do Grupo de Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC. *E-mail*: <jreis@unisc.br>.

2 Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa CAPES. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa Capes. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos - UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado – Constitucionalização do Direito Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC, coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. *E-mail*: <barbarakunde1@mx2.unisc.br>.

3 AQUINO, SantoTomás de. **Santo Tomás de Aquino** – Vida e obra. Bauru-SP: Nova Cultural, 1996.



à posição máxima, ascendendo o antropocentrismo, a partir do qual passou-se a valorizar a razão, a moral e a autodeterminação da pessoa.

A pessoa humana, nominada, então, como indivíduo ou sujeito de direito, passou a representar, ela própria, um todo, alguém com finalidades próprias através de um agir ou não agir, livre em seus atos e juízos, e por meio deste reconhecimento, o Estado limitou-se a reger as questões relativas à soberania, basicamente, permitindo as condições de desenvolvimento do individualismo.

Neste cenário de ampla liberdade (formal) igualitária a todos, inegável que seu exercício ocasionaria a interferência na realização da liberdade de outrem. Desse contexto pode-se afirmar que não há como estabelecer pleno gozo desta liberdade sem considerar o outro, assim como não se pode tolher alguém de sua liberdade sob pena de violação de sua dignidade.

A complexidade da sociedade contemporânea, ampliada pelas relações sem fronteiras de seres tão diversos que nunca estiveram tão próximos, enseja, portanto, um olhar percuciente sobre as violações de direitos fundamentais que redundam na desarmonização da sociedade, e, conseqüentemente, maculam o direito fundamental à dignidade.

O Direito como um todo tem como escopo, portanto, a concretização da dignidade humana. Para tanto, necessária a compreensão que cada pessoa além de ser titular de direitos é, ao mesmo tempo, detentora de deveres, cujo sistema de garantia de direitos deve ser agregado ao princípio da solidariedade.

Importante, assim, verificar o caminho percorrido pelo Direito, no sentido do seu deslocamento de uma perspectiva individualista ao movimento em direção a uma perspectiva solidária.

Num primeiro momento, portanto, faz-se necessário estabelecer as bases teóricas fundantes da separação dicotômica entre o direito público e o direito privado. Neste sentido, a origem dessa divisão dicotômica entre estas duas grandes áreas do direito, como áreas antagônicas, exclusivas e incomunicáveis, não resta pacificado pela doutrina. Alguns autores, como Bobbio,<sup>4</sup> referem ser advinda do Direito Romano, quando o direito público era compreendido como sendo aquele concernente ao Estado ou coisa Romana e o Direito Privado, como aquele referente aos interesses dos particulares. Outros, entretanto, a exemplo de Finger,<sup>5</sup> referem ter origem essa dicotomia a partir da sistematização procedida por Jean Domat, cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo que foi introduzido no código de Napoleão.

4 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

5 FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.



Por razões óbvias, os conceitos de público e privado sofreram diversas e múltiplas variações terminológicas no decorrer dos anos. Inexiste, portanto, um critério de rigor lógico que seja capaz de efetuar a distinção dogmática jurídica que se pudesse pretender.

A distinção entre os direitos público e privado, assim como a primazia de um sobre o outro, sofreu variações e alternâncias no decorrer do tempo. Não ocorrendo uma “evolução linear, percebendo-se, ao contrário, um movimento em certo modo cíclico ou pendular”.<sup>6</sup>

Importante, também, em razão de que a solidariedade caracteriza-se como um dos temas centrais do presente estudo, estabelecer, desde logo, a fim de melhor compreensão da temática, a distinção entre solidariedade e caridade. Enquanto a caridade está vinculada à ideia de compaixão e à benevolência,<sup>7</sup> implicando, necessariamente, pela condição ética e virtuosa da pessoa, num campo axiológico, a solidariedade encontra-se, por sua vez, vinculada a uma racionalidade jurídica, já num campo deontológico, capaz de determinar comportamentos na busca do bem comum, obrigando a vivência da empatia nas relações particulares. Sob o prisma jurídico, a solidariedade não se insere em uma liberalidade, como ocorre na caridade, mas se trata, isto sim, de um dever juridicamente exigível.

De igual maneira, a solidariedade não se confunde com fraternidade, ainda que, muitas vezes, sejam tomadas por sinônimos. Muito embora a expressão "fraternidade" tenha como origem o Cristianismo primitivo, este termo deixou de expressar, com o passar do tempo e o desenrolar da história, as relações humanas baseadas no amor ao próximo.

O Iluminismo inculpiu a expressão "fraternidade" na famosa tríade da Revolução Francesa, "Liberdade, Igualdade, Fraternidade" o que abriu caminhos para que a Declaração Universal dos Direitos Humanos incluísse a fraternidade expressamente em seu artigo primeiro.

Entretanto, o estudo da solidariedade não se restringe à esfera jurídica. Este tema já foi alvo de análises no campo da sociologia e da filosofia a longa data. Dentre os pensadores que se dedicaram ao tema estão Émile Durkheim e León Duguit.

Émile Durkheim,<sup>8</sup> em sua abordagem a respeito da solidariedade social advinda da divisão do trabalho, menciona tratar-se de “[...] uma verdade evidente, visto que a

6 FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado: *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

7 CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Ixtlan, 2013.

8 DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa**. Seleção de textos de José Arthur Giannotti; tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).



divisão do trabalho aqui está muito desenvolvida e produz a solidariedade." Durkheim classifica a solidariedade em duas espécies, a solidariedade mecânica (ou por similitude) e a solidariedade orgânica (ou advinda da divisão do trabalho). A primeira delas, corresponde a uma solidariedade social ligada ao direito repressivo, ou seja, o direito penal. Já a segunda, é a espécie de solidariedade ligada à consciência coletiva, seja mediante relações de abstração (negativas) ou seja mediante relações de cooperação (positivas).

Após Durkheim, León Duguit<sup>9</sup> aproximou a solidariedade social e o Direito, demonstrando a sua relação. Para Duguit o homem, enquanto ser social, jamais se afasta completamente de sua sociabilidade, ainda que preservando a sua individualidade. Os laços que conectam um indivíduo aos demais seres humanos são manifestações da solidariedade social. De acordo com Duguit a solidariedade entre membros de um determinado grupo ocorre tanto em razão do compartilhamento de necessidades comuns quanto em razão de necessidades e aptidões diversas, de forma que o intercâmbio de serviços seja capaz de satisfazer estas diferentes necessidades.

Portanto, nasce desta inafastável convivência social, e da consequente solidariedade entre os indivíduos, a regra de conduta, que de acordo com Duguit, deve-se “não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, a par com isso, realizar toda a atividade propícia a desenvolvê-la organicamente”. Nota-se, assim, que o agir solidário não se exaure na abstenção de condutas contrárias à solidariedade social, mas demanda também uma atuação positiva, ou seja, uma atuação no sentido do fortalecimento dos laços sociais por meio da solidariedade. Dito isto, é possível perceber a face jurídica da solidariedade, qual seja, a face de um dever jurídico.

Conforme explica Duguit “o homem em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas pela sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem obrigações a cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las.” Assim sendo, os direitos somente existem porque, em função da convivência social, primeiramente o ser humano possui obrigações frente aos demais seres humanos com os quais convive. É pelo fato de possuir deveres frente àqueles com os quais convive e para que os possa observar que se justifica a existência dos direitos, portanto.

É no sentido de um dever e não de uma mera liberalidade que a solidariedade diferencia-se da fraternidade, ou seja, deixa de ser uma liberalidade, uma ação virtuosa dependente unicamente da vontade individual de a praticar e passa a ser um dever que se soma à igualdade e à liberdade. Superando, portanto, os limites de um sentimento de fraternidade (como o exigir?), beneficência ou caridade, a

9 DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.





solidariedade atualmente expressa-se enquanto dever jurídico constitucionalmente consagrado.<sup>10</sup>

A solidariedade determina, sob o ponto de vista ético, segundo Ihering, a vitória da pessoa humana sobre o seu natural e primitivo egoísmo, fazendo com que haja um despreendimento pessoal, na cooperação do bem comum, o qual advém da busca humana pela felicidade, onde, também, se pode entender dignidade.<sup>11</sup>

Dessa forma, a solidariedade advém como “uma posição contrária à indiferença social e ao egoísmo exacerbado, imbricando, pois, num sistema jurídico voltado para a dignidade plena do ser humano.”<sup>12</sup>

Mas por qual razão justifica-se a juridicidade deste princípio constitucional, lastreado de forma expressa no artigo terceiro do texto da Constituição Federal de 1988, e a sua fundamental oposição ao individualismo? Em que medida o individualismo mostra-se descontextualizado frente ao projeto constitucional vigente da solidariedade?

Contemporaneamente, percebe-se que as mazelas que mais nitidamente afligem o ser humano estão relacionadas justamente com o protagonismo da intolerância, da exclusão e do egoísmo. Contudo, diferente do que o individualismo do pensamento moderno previa, a solidariedade, nesta visão do constitucionalismo contemporâneo, possibilita a coexistência pacífica das novas práticas sociais com as formas mais tradicionais de fraternidade. Isto é, o discurso solidarista harmoniza-se com o fato de que a sociedade avança inelutavelmente para uma maior heterogeneidade, ou seja, para uma sociedade que congrega a pluralidade da vida social.<sup>13</sup> É neste mesmo sentido, também, que David Sánchez Rúbio menciona que: “[...] *la convivencia entre los seres humanos ha alcanzado dimensiones planetarias, articulándose múltiples y heterogéneos ámbitos tanto de jerarquías y subordinaciones, como de horizontalidades y solidaridades*”.<sup>14</sup>

Portanto, é da própria realidade social que nasce a necessidade do compartilhamento de responsabilidades de maneira a tornar sustentável a vida em comum em uma sociedade heterogênea como a atual. Dito de outra maneira, os

10 MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

11 IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

12 CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Ixtlan, 2013.

13 FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

14 RUBIO, David Sánchez. Reflexiones e (im)precisiones em torno a la intervención humanitaria y los derechos humanos. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (org.) **Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]** : fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.



avanços da sociedade, a pluralidade das relações sociais e a convivência humana em escala planetária são fatores que culminaram em novas formas de solidariedades, instrumentalizadas nos deveres fundamentais a fim de concretização dos direitos fundamentais, em especial a dignidade humana.

É perceptível, conforme refere David Sánchez Rubio, diante da realidade contemporânea, que a sociedade é um todo complexo e integrado, e que seus componentes se individualizam em grupos distintos (países, povos, culturas) apenas aparentemente. Edgar Morin<sup>15</sup> aborda a questão da complexidade explicando que tanto o ser humano quanto a sociedade são unidades complexas e multidimensionais, ou seja, o ser humano é concomitantemente um ser biológico, social, afetivo, etc, e a sociedade, por sua vez, é formada concomitantemente por suas dimensões histórica, econômica, sociológica, etc.

Portanto, tanto os seres humanos quanto a própria sociedade são entidades complexas e complementares, fatores estes potencializados diante da convivência humana que hoje se dá em escala planetária.

A complexidade encerrada pelo termo "solidariedade" é expressada por Pérez Luño<sup>16</sup> quando menciona tratar-se de um conceito que remete a uma multiplicidade de tradições históricas. Assim, existe a "virtude" ou "solidariedade dos antigos", que se pode entender atendida pelo conceito de fraternidade, e o "dever" ou "solidariedade dos modernos". Para Valdir Ferreira de Oliveira Júnior<sup>17</sup> "ser solidário é assumir responsabilidades comuns para com o outro e desse para conosco, num vigiar constante e recíproco entre parceiros da sociedade," ou seja, "onde cada tarefa cumprida no interesse de servir ao próximo faz parte da edificação democrática e pluralista do Estado Constitucional Solidarista".

É possível, portanto, afirmar-se que se vive, contemporaneamente, um novo paradigma no Direito, sob a ótica do conceito de Thomas Kuhn,<sup>18</sup> retratado no direito/dever de solidariedade, ou seja, na preocupação de se ter a solidariedade "como premissa maior de toda a ordem jurídica e social, fulcrada, por sua vez, na afirmação da dignidade da pessoa humana como valor-fonte de todo o sistema".<sup>19</sup>

15 MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

16 LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. **Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica**. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

17 OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Teoria Contemporânea do Estado: estados constitucionais solidaristas e a garantia do mínimo existencial. **Revista do Curso de Direito UNIFACS**, n. 108, 2009. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/703/523>.

18 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Coleção Debates. Ciência. São Paulo: Perspectiva, 2001.

19 CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Ixtlan, 2013.



O reconhecimento da normatividade dos direitos fundamentais, assim como dos deveres fundamentais, por parte da doutrina e da jurisprudência tem fortalecido o entendimento de que a unificação interpretativa do ordenamento jurídico, encerrando a dicotomia público privada, pressupõe a centralidade do texto constitucional.

Tanto quanto os direitos fundamentais, os deveres fundamentais possuem autonomia jurídica, constituindo uma categoria constitucional própria colocada ao lado da dos direitos fundamentais e não unicamente como limites destes.<sup>20</sup> Desta forma, o dever de solidariedade é determinado por um dever fundamental que obriga as pessoas a respeitarem-se mutuamente, a não causarem danos e a não viver à custa dos outros, segundo refere o autor português José Casalta Nabais, ou seja, colocarem-se no lugar do outro a fim de dar efetividade à concretização da dignidade humana, a partir da busca do bem comum das pessoas individualmente e da sociedade como um todo.

O “constitucionalismo contemporâneo”, portanto, conclama os operadores do Direito a comungarem desta nova concepção e a colocarem em prática os objetivos previstos no texto constitucional: seja na prática jurídica, ou na vida diária, não há lugar no projeto constitucional atual para a hipocrisia típica dos projetos que não saem do papel. O ordenamento jurídico está integralmente imbuído da obrigação de realizar a Constituição. O futuro chegou e hoje é o dia perfeito para que se construa uma sociedade, livre, justa e solidária.

## Referências

AQUINO, Santo Tomás de. **Santo Tomás de Aquino** – Vida e obra. Bauru-SP: Nova Cultural, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Ixtlan, 2013.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa**. Seleção de textos de José Arthur Giannotti; tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado: *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>20</sup> NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.



FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2001. Coleção Debates. Ciência.

LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. **Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica**. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Teoria Contemporânea do Estado: estados constitucionais solidaristas e a garantia do mínimo existencial. **Revista do Curso de Direito UNIFACS**, n. 108, 2009. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/703/523>.

RUBIO, David Sánchez. Reflexiones e (im)precisiones em torno a la intervención humanitaria y los derechos humanos. *In*: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (org.). **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2. ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010



# LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA: LA SANCIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL

*Eva María Souto García*  
*Profesora Contratada Doctora*  
*Universidade da Coruña*

*Sólo mía, mía para quererte, mía para sentirte,  
mía para romperte.  
Eres mía, sólo mía, y nada más...  
No he sabido quererte, ni a tu alma, ni a tu vientre,  
pero sin ti no vivo,  
ni vivirás...  
Canción: Sólo mía<sup>1</sup>*

## 1 Un punto de partida: Ana Orantes Ruiz, crónica de una muerte anunciada

Ana Orantes Ruiz, nace en Granada el 6 de febrero de 1937 y muere el 17 de diciembre de 1997. La causa de la muerte: asesinada<sup>2</sup> a manos de su exmarido.

El nombre de Ana Orantes ha quedado grabado en la historia negra española por haber sido asesinada por su exmarido como lo que bien podría denominarse la “crónica de una muerte anunciada”. Días antes de su asesinato, Ana Orantes había concedido una entrevista televisiva al Canal Sur en el programa *De tarde en tarde* presentado por Irma Soriano. En dicha entrevista narraba ante las cámaras los años de maltrato sufrido a manos de quien había sido su marido durante todos los años que duró su matrimonio.<sup>3</sup> El condenado, en la fecha indicada, esperó a su víctima en el chalet en el que los dos todavía vivían pese al divorcio y tras rociarla con carburante le prendió fuego. Como consecuencia de las heridas sufridas, Ana Orantes murió en

1 Canción principal de la banda sonora original de la película española de mismo título, dirigida por Javier Balaguer. Intérprete de la canción, la cantautora española Clara Montes.

2 En el momento que se juzgaron los hechos en España el homicidio se diferenciaba del asesinato en que pese a que en ambos se sanciona la causación de la muerte de otro, en el asesinato concurría alevosía, ensañamiento o precio, promesa o recompensa. En el caso de Ana Orantes se apreció el ensañamiento. En la actualidad se mantiene la diferencia si bien se ha añadido una circunstancia diferenciadora más, a saber, el cometer el delito para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

3 Puede verse la entrevista, entre otros, en el siguiente enlace [https://elpais.com/sociedad/2019/01/16/actualidad/1547636168\\_983838.html](https://elpais.com/sociedad/2019/01/16/actualidad/1547636168_983838.html). Consultado el 29 de julio de 2019.





pocos minutos a la edad de 60 años.

José Parejo Avivar, el exmarido, fue condenado como reo de asesinato a una pena de 17 años de prisión, más el pago de una indemnización de 30 millones de las antiguas pesetas —180 000 euros— en favor de sus hijos. Se le condenó, también a cumplir pena de alejamiento de treinta meses de la localidad en la que vivieran sus descendientes una vez cumplida la pena privativa de libertad. El fallo judicial admitió como atenuante la confesión del crimen ante las autoridades competentes poco después de cometerlo.

Este suceso, debido a la repercusión mediática que adquirió tras la entrevista concedida por la víctima antes de morir, marcó un antes y un después en la concienciación social contra la violencia de género en España e impulsó toda una serie de reformas en materia social y penal que a día de hoy siguen en curso.<sup>4</sup>

Obviamente, Ana Orantes no fue la primera, ni lamentablemente será la última mujer que muere o es violentada a manos de su pareja o expareja, pero su caso supuso un punto de inflexión. Y ello es así porque gracias a ella se visibilizó un problema que hasta el momento se había relegado al ámbito privado: el de la violencia doméstica y la violencia de género. Hasta la fecha, este tipo de fenómeno criminal no destacaba en el listado de preocupaciones relevantes en el ámbito público, ni en las agendas políticas. Su visibilización era mínima y se trataba de un tema privado.<sup>5</sup>

Lamentablemente, las reformas penales y no penales que buscaron y siguen buscando la erradicación de este grave problema no han conseguido su fin. El número de mujeres muertas a manos de sus parejas, o que sufren violencia psíquica y física, no ha disminuido de forma reseñable desde aquel año 1997. Los intentos por luchar de una forma más efectiva han hecho oscilar los números estadísticos, pero distan mucho de ser los deseables.

El presente trabajo tiene por objeto explicar dichos intentos, destacando aquellas reformas que se han llevado a cabo en materia penal. Reformas que, como siempre sucede, nunca llegarán a alcanzar su meta si a estas no se suma una concienciación seria del problema y una educación real de la igualdad entre las personas.

4 Algo semejante, en cuanto a la importancia que adquirió el caso de cara a los cambios legislativos, ocurrió en Brasil con el caso de Maria da Penha, víctima de violencia a manos de su marido y cuya lucha ha llevado a la entrada en vigor de la Ley 11.340/2006, Ley Maria da Penha. Aunque en este caso no se llegó a matar a la víctima, tras recibir varios disparos quedó parapléjica. Sobre este caso y la ley creada puede verse TERESI, V. M., “La violencia de género en Brasil: un balance de la Ley «Maria da Penha» (2006-2016)”, en *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, n.117, p. 101-122, *passim*.

5 Como respondió Ana Orantes en la entrevista concedida a Canal Sur a la pregunta ¿No le denunciaba por los malos tratos?: “Al principio yo no le denunciaba, porque en aquella época no se hacía. Luego, al final, sí, pero la verdad es que no me servía de mucho. Lo que me dicen es que ésas son peleas normales en la familia. Y él lo único que hace es amenazarme con que un día me tiene que matar”.



## 2 Los conceptos de violencia doméstica y de género en la legislación penal española.

Como se ha dicho en el epígrafe anterior, lo que ahora se pretende es realizar una aproximación a las medidas penales que en España se han adoptado para luchar contra la violencia que sufren las mujeres. Para iniciar este estudio ha de decirse que el legislador penal español ha mostrado su preocupación por la violencia ejercida contra las mujeres en sus leyes recientes y no tan recientes, al menos en el ámbito de la violencia intrafamiliar o doméstica. Casos como los de Ana Orantes le han animado a ser más activo ante este problema y a diseñar políticas en materia penal de largo alcance.

Para comprender la forma en la que ha tratado este problema social desde la perspectiva penal, es preciso de entrada diferenciar los conceptos nucleares de “violencia doméstica” y “violencia de género”. Conceptos que, a su vez, cuyo contenido se ha ido transformado y ampliando. Y es que para el legislador, el uno y el otro constituyen términos no equivalentes que han ido mutando para dar cabida a un mayor número de supuestos de violencia contra las mujeres.

### 1) *El concepto de violencia doméstica habitual en el Código Penal Español*

Partiendo de lo que antecede, puede decirse que cuando el legislador penal español sanciona la violencia doméstica se está refiriendo a la violencia intrafamiliar, psíquica –desde el año 1995 o física –desde siempre-, que se ejerce sobre los miembros que conforman el núcleo familiar con los que se convive y, detalle importante, se ejerce de forma habitual. No entraría en este concepto la violencia psíquica o física ejercida de forma ocasional, o al menos no desde un inicio. Como se verá posteriormente, en el caso de los miembros de la familiar diferentes a la esposa o exesposa, novia o exnovia, las violencias de menor entidad no se sancionaban penalmente como una violencia doméstica específica, más grave y diferente de la violencia que se castigaba por la vía ordinaria de las lesiones no habituales. El “nacimiento” del concepto de la violencia doméstica no habitual llegó de la mano de la ley de reforma de 2004 en materia de violencia de género. En otras palabras, hasta 2004, la violencia doméstica no habitual se sanciona por la vía de los delitos de lesiones, sin que se incluyera una agravación específica por el hecho de existir un lazo familiar o una convivencia. Cosa distinta es que se pudiese agravar la conducta por la vía de las agravantes genéricas, como el parentesco, u otros tipos específicos de los delitos en concreto. Pero el caso es que el concepto de “violencia doméstica” hasta 2004 incluía indefectiblemente el requisito de la habitualidad.

Ha de indicarse, además, que el delito de violencia doméstica habitual recogido en el actual art. 173.2 del Código Penal Español (en adelante, CPE) se ubicó inicialmente en los delitos de lesiones –por tanto, originariamente no se encontraba en ese mencionado art. 173-, para ser llevado posteriormente, en 2003, a los delitos



contra la integridad moral. Este cambio de ubicación permitió desde entonces que pueda acumularse este delito a la pena que correspondería por las concretas lesiones causadas –y evidentemente a cualquier otro tipo penal como, es lógico, a los que protegen la vida de las personas-.

En el antes mencionado art. 173 en sus apartados 2 y 3 se dice:

*“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

*Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.*

*En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.*

*3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.*

Como puede comprobarse en el precepto se hace referencia explícita a las personas que pueden y sobre las que se puede ejercer la violencia, así como el tipo



de violencia incluida, la forma de medir la habitualidad, las circunstancias que agravan la conducta y la posibilidad de la aplicación de la medida de libertad vigilada –medida que se impone tras haber cumplido la condena y muy criticada por la doctrina penal desde su introducción en el norma penal-.

Repárese en lo antes dicho sobre la posibilidad de aplicar el tipo penal de forma cumulativa con otros delitos que hayan podido constatarse a la vez que el delito de violencia doméstica. Dicha posibilidad se recoge expresamente en el apartado 3 transcrito y es posible gracia al antes mencionado trasvase de este tipo penal al título dedicado a los delitos contra la integridad moral. Con este desplazamiento se cambia el bien jurídico protegido, por lo que no habrá conculcación del principio *non bis in idem* cuando se aplique conjuntamente con las lesiones, por ejemplo. Y ello es así porque en el delito ahora analizado se protege la dignidad de las personas y en los delitos de las personas su salud.

Este hecho permite que se pueda medir la habitualidad a la que se hace referencia en el apartado tercero mediante la apreciación de actos de violencia que incluso hayan sido ya objeto de condena o, incluso, hayan prescrito. Y, sea dicho de paso, los actos violentos no tienen por qué repetirse sobre el mismo sujeto, si no que puede darse sobre indistintamente cualquiera de las personas integradas en el núcleo familiar.

Como puede comprobarse, este tipo penal responde a la prototípica idea de maltrato continuado que suele darse en el hogar –piénsese en el caso Ana Orantes-, excluyendo la aplicación del tipo a violencias ocasionales que, eso sí, serán sancionadas por los delitos de lesiones, amenazas, etc. Y es un delito que no circunscribe a la protección de las mujeres, a las que sí incluye, pero a quienes no protege de forma específica. Es más, no sólo no las protege específicamente, si no que no las descarta como posibles agresoras, sean esposa, hija, etc.

Para terminar esta panorámica, parece oportuno indicar que en el diseño inicial de este delito de habitualidad se exigía la convivencia entre los cónyuges o pareja. Posteriormente, en 2003, ese requisito fue eliminado.

## 2) *El concepto de violencia de género en el Código Penal Español*

### 2.a) *El concepto de violencia de género a partir del año 2004 hasta 2015*

Contrariamente a lo que sucede con la violencia intrafamiliar habitual antes explicada, cuando el legislador sanciona comportamientos que son calificados como violencia de género, se refiere a las violencias, psíquicas o físicas, que de forma ocasional el marido, exmarido, novio o exnovio, con el que se convive o no, o se ha convivido o no, ejerce sobre quien es o sido su esposa o novia, con o son convivencia. Este concepto de violencia de género ha sido el que inicialmente se ha manejado –tomando como referencia el año 2004 como punto de inicio, año de entrada en vigor de la ley que específicamente introduce en la legislación penal y no penal el término



violencia de género-, para luego ser ampliado en el año 2015 por la vía de la reforma de las agravantes genéricas a cualquier violencia ejercida contra la mujeres por el hecho de serlo.

Este concepto inicial de violencia de género fue introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVGE). En dicha norma, que no es una norma exclusivamente penal, sino de un alcance mayor, en su art. 1. se dice textualmente que:

*“1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*

*2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.*

*3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.*

De este precepto es del que se deriva la circunscripción inicial del concepto de violencia de género a la violencia ejercida entre el varón y la mujer que están o han estado unidos por una relación de afectividad formalizada o no por la vía del vínculo matrimonial. Este concepto sigue vigente en todo lo que en su momento se reformó en el ámbito penal, si bien para otras cuestiones distintas se ha visto ampliado por la reforma penal de 2015.

Es necesario indicar, además, que se trata de una norma que aborda el problema de la violencia de género desde distintas perspectivas, pues no en vano se trata de una ley, tal y como en su propio nombre se recoge, integral. En este sentido, la LOVG ha previsto medidas dirigidas a:

1. La prevención contra el maltrato desde el ámbito sanitario y educativo, así como en los medios de comunicación y la publicidad.
2. La protección social y laboral de la mujer maltratada, tales como, por ejemplo, ayudas económicas, facilidades para solicitar traslados laborales y de acceso a puestos de trabajo, asistencia psicológica y jurídica, etc.
3. La protección desde el ámbito penal –consistentes, como se verá, básicamente en el endurecimiento de la penas-.





4. La protección desde la perspectiva procesal, principalmente con la creación de los Juzgados de Violencia contra la Mujer, la orden de protección y la fiscalía de la Violencia sobre la Mujer.

Asimismo, de cara a supervisar la aplicación de esta norma y a controlar la evolución de este tipo de violencia, la LOVGE prevé una suerte de tutela institucional apoyada principalmente en la creación del Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer y la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.<sup>6</sup> El primero de ellos proporciona datos estadísticos de gran utilidad a la hora de conocer la evolución de este fenómeno criminológico.

Con todo, y más allá de las, en principio, consideradas virtudes de la LOVGE, lo cierto es que el énfasis se puso en ese año 2004, y todavía sigue poniéndose en la actualidad, sobre todo en las medidas de reforma sobre el Código Penal. Y, la pregunta que ahora corresponde hacer es, ¿a qué medidas penales se está haciendo referencia en la afirmación anterior? La respuesta ha de buscarse en las reformas operadas por la Ley de 2004 en materia de delitos de lesiones, amenazas, coacciones y quebrantamiento de condena.

En el caso de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones el cambio consistió en el endurecimiento de las penas tanto del tipo básico en las lesiones, como en los tipos penales de menor gravedad en todos ellos, mediante la introducción de modalidades específicas agravadas. En el caso del delito de quebrantamiento de condena se optó por incluir la pena de prisión en todo caso para los supuestos de quebrantamiento de cualquier medida o pena impuesta en un procedimiento seguido por violencia de género. Se busca, en cierta manera, luchar contra comportamientos de menor gravedad que pueden ser indicadores de una creciente violencia, de forma que se ha adelantado la barrera punitiva a esos ocasionales actos agresivos en pos de evitar un resultado de mayor lesividad.

A estos tipos penales, aplicables sólo para las violencias físicas y psíquicas constitutivas de lesiones, amenazas o coacciones ejercidas por el hombre sobre su pareja o expareja mujer, se sumó la protección frente a las violencias menores ocasionales ejercidas en el ámbito familiar fijado en el art. 173.2 –vid. *supra*– por cualquiera de sus miembros y sobre cualquiera de ellos, exceptuada la mujer, exmujer, novia o exnovia –por congruencia con los nuevos tipos específicos de violencia de género–. De ahí que el concepto de violencia doméstica penal se haya ampliado en el sentido antes apuntado a violencias menores ocasionales; y que ello se haya hecho, de una forma criticable, a través de una ley que no tiene por objeto sancionar la violencia doméstica, sino la violencia de género.

#### *2.b) El concepto de violencia de género a partir del año 2015*

<sup>6</sup> Puede consultarse, sobre este Observatorio, la información disponible en <https://www.msccbs.gob.es/va/ssi/violenciaGenero/ObservatorioEstatal/home.htm>. Enlace consultado a 29 de julio de 2019.



Si hasta el año 2015 en España estaba más o menos claro el concepto de violencia de género, con la salvedad de lo indicado sobre la reforma que la ley de 2004 realizó también en materia de violencia de menor entidad de carácter doméstico –por lo tanto, no de género–, en el año 2015 se dio un nuevo giro de tuerca a este fenómeno criminal. En dicho año entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal que introdujo una nueva agravante genérica de género. Desde la entrada en vigor de esta ley, ya es posible agravar, con excepción de los delitos ya reformados por la ley de 2004 que incorporaran subida de pena por razón de género, los delitos en los que, como el homicidio o el asesinato, se aprecien motivos de discriminación por género. El legislador parte ahora, según el Preámbulo de la ley de reforma, de lo establecido en el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, según el cual «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo. Es decir, se trata de una circunstancia agravante no circunscrita a tipo penal alguno y que se fundamenta en el rol social atribuido a las mujeres, más allá del que se le presume en las relaciones de afectividad. Y, se puntualiza que se trata de una circunstancia agravante diferente a la del sexo, haciendo así hincapié en el papel que la sociedad atribuye a las mujeres y no a su condición biológica de ser mujer. Y obsérvese que la introducción de esta circunstancia nueva amplía el concepto penal de violencia de género, pues ya no se trata de la violencia ejercida en pareja, como sucedía desde 2004, si no que se amplía a muchas otras situaciones de carácter violento en el que la víctima es una mujer.

La nueva circunstancia agravante ya ha sido analizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español –por ejemplo, en su sentencia num. 565/2018 de 19 noviembre– concretamente en casos de muertes o tentativas de muerte de mujeres a manos de sus parejas varones. Concretamente, en estos casos se venía aplicando de forma constante la agravante de parentesco –sita en el art. 23 del CPE–, a la que ahora dice el Alto Tribunal podrá aplicarse, sin problema alguno, de forma conjunta la nueva circunstancia agravante de género. Con ello, se entendería que se sancionaría el total del injusto sin conculcar el principio *non bis un idem* entre estas dos circunstancias genéricas tan próximas en razón de ser y fundamento. Obviamente, la nueva circunstancia, por ser genérica, no se circunscribe a los delitos contra la vida, si no que su aplicación es posible ante la comisión de otros delitos como los abusos o las agresiones sexuales o los delitos de detención ilegal. Delitos que hasta la fecha no contemplaban modalidades agravadas por razón de género y que, sin embargo, son delitos propensos a realizarse motivados por esta circunstancia.



Se trataría, en definitiva, de una nueva circunstancia agravante fundamentada en el género pero más amplia que aquélla a la que recurría la norma de 2004. Ya no se trata sólo de responder más duramente ante la violencia contra la mujer en el seno de las relaciones de afectividad, si no de ampliar la ultra protección a toda mujer que sufra discriminación por el mero hecho de serlo –en el sentido antes apuntado de condición social, no biológica-.

### 3 Algunas consideraciones críticas.

A todas las reformas llevada a cabo por el legislador penal en materia de violencia de género y doméstica se han opuestos duras críticas desde los distintos operadores jurídicos.

Así, por ejemplo, desde una perspectiva criminológica se ha afirmado que la LOVGE supuso la reforma de diversos tipos penales en los que se incluyeron como elementos de agravación el hecho de mantener o haber mantenido con el agresor una relación de afectividad, a la vez que se incluyeron otros sujetos como las restantes personas del núcleo familiar y las personas especialmente vulnerables. Esta decisión ha sido criticada por la parte de la doctrina argumentando que ambos tipos de víctimas son diferentes y que el trato igualitario no es deseable. Y es que el efecto negativo que se produce es que **se** invisibilizan las necesidades e intereses de la mujer. Parece que el legislador se niega a ver que la mujer, esposa o pareja, ex-cónyuge, ex-conviviente o ex-novia, no pertenece al mismo grupo que los descendientes, ascendientes, menores, incapaces y sometidos a tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho. En estos sujetos la vulnerabilidad y el sometimiento frente a quien les maltrata proviene de su natural posición de dependencia, debida a su vez a distintos motivos: edad, enfermedad o discapacidad. Quien les maltrata es precisamente quien tiene la obligación de garantizar su desarrollo equilibrado en el proceso de maduración y el deber de ocuparse de su bienestar y su seguridad. Respecto de la mujer no existe una posición de inferioridad natural o una necesaria relación de dependencia o de inferioridad, sino que es precisamente la práctica del maltrato la que actúa como el mecanismo dirigido a obtener y a mantener el acatamiento y la sumisión a la voluntad del hombre.<sup>7</sup> Como expone ASÚA, la mujer se mantiene en el imaginario del orden familiar en el grupo de los "vulnerables"<sup>8</sup> invisibilizándose en el conjunto y minimizándose la importancia de su presencia como víctima.<sup>8</sup>

7 Véase esta opinión en ASÚA BATARRITA, A., "Los nuevos delitos de "violencia doméstica" tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., (Ed), *Las recientes reformas penales*, Universidad de Deusto, Bilbao 2004, pp. 203 y 204 o LAURENZO COPELLO, P., "Los nuevos delitos de violencia doméstica: Otra reforma precipitada", en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Universidad de Salamanca, Salamanca 2003, pp. 827.

8 Véase ASÚA BATARRITA, A., "Los nuevos delitos de "violencia doméstica" tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre", cit., p. 205. En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, P.,



Esta invisibilización de la mujer hace que el legislador obvие elementos tan importantes como, por ejemplo, que en numerosas ocasiones ésta no denuncia porque desea mantener la relación con su pareja. Por ello, resulta criticable, entre otras muchas cosas, que el legislador en el LOVG hay prohibido la mediación penal en estos casos –art. 44 LOVG-.<sup>9</sup>

Desde una perspectiva victimológica se criticó que el acceso a las medidas asistenciales quede condicionado a la denuncia de la víctima. Ocurre que en no pocas ocasiones la mujer lo que precisa no desea pasar por un proceso penal y todo lo que ello implica, sino que únicamente desea el cese de la situación de la violencia. Este final de la violencia no tiene porqué ser siempre mediante un proceso penal, sino ofreciéndole a la mujer la posibilidad de vivir por sí misma y alejarse de su agresor. Esta opción no fue sido, sin embargo, la adoptada por el legislador inicialmente, lo que suponía, en cierta medida, una pérdida de autonomía de la mujer, su transformación en un sujeto caracterizado por la pasividad y el enmascaramiento de un “chantaje” sobre la mujer que se ve coartada a denunciar para hacerse visible. Tras la entrada en vigor de la LOVGE, Amnistía Internacional denunció en 2005 la no adecuación de esta Ley a las verdaderas necesidades de la mujer víctima de violencia de género.<sup>10</sup> Ha de decirse, sin embargo, que esta crítica ha sido superada en 2019, con la eliminación de este requisito.

También desde una perspectiva práctica se constata el problema del colapso que viene padeciendo, más acentuadamente, los tribunales desde 2004. Se constata desde un inicio la saturación de los Juzgados de Violencia sobre la mujer y así se ha denunciado por parte de los propios jueces.<sup>11</sup> Y lo mismo ocurre con los sindicatos policiales que también se quejan de la falta de medios.<sup>12</sup> Si la Ley debe prosperar los

---

“La Violencia de Género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, cit., p. 320 o NICOLÁS LAZO, G., “La denuncia penal en el acceso a los recursos de acogida para mujeres que han sobrevivido a la violencia machista dentro de la pareja”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, nº 15, 2011, pp. 416 y ss.

9 Véase, nuevamente, NICOLÁS LAZO, G., “La denuncia penal en el acceso a los recursos de acogida para mujeres que han sobrevivido a la violencia machista dentro de la pareja”, cit., pp. 418 y ss. Asimismo, sobre esta cuestión puede verse ampliamente ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, *passim*.

10 Véase AMNISTÍA INTERNACIONAL., *Más derechos, los mismos obstáculos. Informe balance de la Ley Integral contra la Violencia de Género*, junio 2005. Puede verse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.libroos.es/libros-de-sociales/derecho/documentos/33778-amnistia-internacional-mas-derechos-los-mismos-obstaculos-pdf.html>. Enlace consultado el 29 de julio de 2019.

11 Véase, por ejemplo, el diario EL PAIS los días 11 y 26 de noviembre de 2008 en sus pp. 36 y 10, respectivamente. Referencia extraída de MAQUEDA ABREU, M., “1989-2009: Veinte años de <<desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en *Género y Sistema Penal. Una perspectiva internacional*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Granada, Comares, 2010, p. 12.

12 Véase, por ejemplo, el diario EL PAIS el día 24 de agosto de 2008, p. 37. Referencia extraída de MAQUEDA ABREU, M., “1989-2009: Veinte años de <<desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, cit., p. 12.



medios económicos devienen imprescindibles. Toda reforma necesita de un apoyo logístico, y más cuando la Ley pretende ser ambiciosa.<sup>13</sup>

Como problema añadido puede citarse, asimismo, la negativa de la mujer a declarar contra su agresor en el proceso penal. En no pocas ocasiones, el testimonio de la mujer es la única prueba en el juicio penal y, en no pocas ocasiones, ésta decide no declarar contra su agresor. Ello ha llevado al Consejo General del Poder Judicial a formular propuestas de reforma en esta materia. Por ejemplo, en su informe de 2011,<sup>14</sup> el Consejo propuso reformular la dispensa de declarar cuando la víctima lo es por violencia de género. Consideraba el Consejo que la mujer es una víctima especialmente vulnerable y, su acogimiento a la dispensa, supone dar al “violento” un instrumento más de dominación sobre la víctima. No obstante, esta propuesta no prosperó pues una reforma de tal calado supone volver a tratar a la mujer desde una perspectiva paternalista, negándole legislativamente la capacidad de decisión y raciocinio. Es cierto que en ocasiones puede reproducirse el fenómeno de retractación, pero ello no habilitaría al legislador a anular a la mujer, decidiendo en que momento vale su testimonio. El legislador no debería dejar por escrito que la mujer no es capaz de tomar sus propias decisiones. A la mujer que tiene el valor de denunciar y declarar en juicio no se la debe tratar como un ser vulnerable, pues eso es lo que precisamente ha hecho su agresor.<sup>15</sup>

Desde una perspectiva técnica, como han señalado no pocos autores en la doctrina penal, se perciben problemas de colisión entre los tipos penales. Así sucede, por ejemplo, con los delitos reformados por la LOVGE y el delito de violencia doméstica habitual.<sup>16</sup> O, más recientemente, con la compatibilidad entre la agravante genérica de género con los tipos penales con componente de género y la circunstancia agravante de parentesco. Tampoco su diferenciación, la de la nueva agravante genérica, de la de sexo es sencilla.<sup>17</sup> Y por supuesto, pervive, desde la perspectiva de la legitimidad de las reformas en esta materia, el hecho de que en ellas no se incluya al género masculino como posible objeto de protección. No es posible por razones

13 Lo mismo se recoge sobre la ley brasileña María da Penha en <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2011/8/maria-da-penha-law-a-name-that-changed-society>. Enlace consultado a 29 de julio de 2019. Puede verse, también, TERESI, V.M., “La violencia de género en Brasil: un balance de la Ley «Maria da Penha» (2006-2016)”, cit., *passim*.

14 Véase el enlace <http://www.observatorioviolencia.org/documentos.php?id=275>. Consultado el 29 de julio de 2019.

15 Véase SOUTO GARCÍA, E.M., “El concepto de Violencia de Género en el Código Penal: a propósito del informe del CGPJ de enero de 2011”, en *Violencia de Género y Justicia*, CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.), Servicio de Publicacións e Intercambio Científico Campus Vida, Santiago de Compostela, 2013, *passim*.

16 Véase CARBONELL MATEU, J.C/ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 216.

17 Véase RUEDA MARTÍN, M.A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04, 2019, *passim*.





de espacio detenerse en esta cuestión, si bien procede argumentar que ya el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad de estas normas por la vía, entre otras, de la discriminación positiva.<sup>18</sup> No obstante, si bien en el plano normativo la cuestión parece haberse resuelto, en los últimos años se han manifestado voces, principalmente políticas, que manifiestan su disconformidad con este planteamiento. Tanto es así, que en el panorama político del presente año 2019, se han presentado programas por parte de ciertas formaciones políticas que abogan por la derogación de toda la normativa específica diseñada para luchar contra la violencia contra las mujeres.

Está por ver qué éxito alcanzan, y está también por ver si todo el arsenal normativo consigue en un futuro erradicar o al menor reducir este fenómeno criminal. Por el momento los datos no son esperanzadores. En este sentido, en el año 2019, hasta la fecha de hoy, 23 de julio, se computa un número de 35 mujeres muertas a manos de sus parejas o exparejas.<sup>19</sup> Sobre el número de mujeres que sufren otro tipo de violencias que no terminan en muerte, no existen datos fiables.

Estos datos, sin embargo, no deben frenar el impulso social y legislativo que busca luchar contra este tipo de delincuencia. Todo pequeño logro acorta, sin duda, el camino hacia su erradicación o, siendo más realistas, a su contención y disminución.

### Bibliografía utilizada.

ACALE SÁNCHEZ, M., “La perspectiva de género en el Derecho penal español”, en **Género y Sistema Penal. Una perspectiva internacional**, FARALDO CABANA, P., (Dir), Granada, Comares, 2010.

ACALE SÁNCHEZ, M., **La discriminación de la mujer por razón de género en el Código Penal**, Madrid, Ed. Reus, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en **Política Criminal y Reformas Penales**, FARALDO CABANA, P., (Dir), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

AMNISTÍA INTERNACIONAL., **Más derechos, los mismos obstáculos. Informe balance de la Ley Integral contra la Violencia de Género**, junio 2005. Pude verse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.libroos.es/libros-de-sociales/derecho/documentos/33778-amnistia-internacional-mas-derechos-los-mismos-obstaculos-pdf.html>.

ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, la STC 59/2008 de 14 de mayo.

<sup>19</sup> Según los datos ofrecidos por el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las cortes e Igualdad, que pueden verse en [http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamujeres/pdf/VMortales\\_2019\\_07\\_25\\_1.pdf](http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamujeres/pdf/VMortales_2019_07_25_1.pdf). Enlace consultado a 29 de julio de 2019.



la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., (Ed), **Las recientes reformas penales**, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

CARBONELL MATEU, J.C/ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en **Derecho Penal. Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

ESQUINAS VALVERDE, P., **Mediación entre víctima y agresor en la Violencia de Género**, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

GORJÓN BARRANCO, M., “¿Empodera a las mujeres la Ley Penal? Una difícil tarea”, en **Género y Sistema Penal. Una perspectiva internacional**, FARALDO CABANA, P., (Dir), Granada, Comares, 2010.

LARRAURI PIJOÁN, E., “Igualdad y violencia de género”, Indret 1/2009.

LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: Otra reforma precipitada”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed), **Serta in memoriam Alexandri Baratta**. Universidad de Salamanca, Salamanca 2003.

MAGRO SERVET, V., **Violencia Doméstica y de Género**, Madrid, Sepín, 2007.

MAQUEDA ABREU, M. L., “1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en **Género y Sistema Penal. Una perspectiva internacional**, FARALDO CABANA, P., (Dir), Granada, Comares, 2010.

MARTÍNEZ GARAY, L., “La libertad vigilada. Regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la del derecho penal alemán”, **Revista General de Derecho Penal**, nº 22, 2014.

RAMÓN RIBAS, E., **Violencia de Género y Violencia Doméstica**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

RUEDA MARTÍN, M.A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica” en **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 21-04, 2019.

SOUTO GARCÍA, E.M., “El concepto de Violencia de Género en el Código Penal: a propósito del informe del CGPJ de enero de 2011”, en **Violencia de Género y Justicia**, CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.), Servizo de Publicacións e Intercambio Científico Campus Vida, Santiago de Compostela, 2013.

TERESI, V.M., “La violencia de género en Brasil: un balance de la Ley «Maria da Penha» (2006-2016)”, en **Revista CIDOB d’Afers Internacionals**, n.117, p. 101-122, *passim*.



# PLATAFORMAS E “ECOSSITEMA” DIGITAIS: TÓPICA DE ALGUNS DESAFIOS JURÍDICOS

*Pedro Madeira Froufe*

Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM)

Diretor do Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da EDUM

Coordenador do CEDU/JUSGOV - EDUM

1. Uma das manifestações mais notórias da denominada digitalização da vida corrente é a eclosão das plataformas digitais.

O dia-a-dia do cidadão/consumidor está cada vez mais povoado por plataformas. Há novos hábitos e formas de consumo que resultam da denominada “economia numérica” (expressão muito utilizada na terminologia e na doutrina francesas) ou digital ou ainda da “economia colaborativa”. Se quisermos continuar a elencar expressões que, de alguma forma, se equivalem e apontam para a presença e institucionalização das plataformas nas relações económicas/de consumo quotidianas, podemos ainda mencionar o termo “uberização”. Com efeito, a *Uber* tornou-se relativamente icónica e marcante, não só pela sua rápida implantação mundial, mas também pelas polémicas políticas e jurídicas<sup>1</sup> que desencadeou em confronto com certas associações profissionais (taxistas) representativas de potenciais concorrentes prestadoras de serviço análogo àquele que é disponibilizado pela plataforma. A “uberização” das relações económicas tornou-se uma expressão relativamente corrente.

Naturalmente, impõe-se também muito rapidamente, hoje em dia, um “ecossistema digital” e a compreensão das plataformas, bem assim como o levantamento e a abordagem de questões jurídicas por elas suscitadas não prescinde da respetiva contextualização nesse ecossistema.

A inteligência artificial (IA), o desenvolvimento daquilo que poderemos denominar como o “movimento algorítmico” (a presença e a utilização intensiva e cada vez mais complexa de algoritmos), a tecnologia *blockchain* e, de um modo geral, os avanços tecnológicos, vão tecendo um contexto de vida marcadamente digital. Transformamo-nos, de um modo cada vez mais notório, em “homo digitalis”, não só pela nossa crescente dependência em relação à tecnologia digital, mas também – talvez, sobretudo – porque pensamos, comunicamos e reagimos, cada vez mais, através de impulsos digitais, assimilando, nos nossos processos mentais de decisão, *tempos* e *realidades* diferentes das tradicionais. A instantaneidade, por exemplo, marca o

---

<sup>1</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) de 20 de Dezembro e 2017, Processo C- 434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi vs. Uber Spain*.



ritmo de comunicação na era digital. A satisfação das nossas necessidades enquanto consumidores, de igual modo, é marcada por essa instantaneidade que, por seu turno, molda também a forma como sentimos e pretendemos satisfazer essas nossas próprias necessidades.

O imediatismo recria as necessidades correntes, em conformidade com a era digital; por vezes (cada vez mais frequentemente), cria mesmo *novas* necessidades.<sup>2</sup>

Há, portanto, um movimento que tende a suprimir obstáculos temporais e mesmo espaciais entre a oferta e a procura. Significativamente, a própria escrita como forma de comunicação, acomoda-se a tal instantaneidade. Esta instantaneidade é um dos traços característicos da globalização, desencadeada e exponenciada pelo avanço tecnológico vertiginoso e pela vulgarização (acesso fácil e corrente) das apelidadas novas tecnologias de informação.

Mesmo no contexto do ecossistema digital, há movimentações que ilustram o tendencial aniquilamento do fator tempo, nas relações entre as pessoas e, sobretudo, entre os agentes económicos, entre ofertantes e consumidores. A conquista paulatina de utilizadores pelo *Instagram* (rede social em que o contato e a comunicação são desenvolvidos, sobretudo, em torno de imagens, fotos e pequenas mensagens tipo legendas) em comparação com a relativa perda (ou, pelo menos, reduzido crescimento) de novos utilizadores pelo *Facebook* (que pressupõe, em princípio, a redação de *post's*, uma comunicação originariamente ainda baseada na escrita – embora, também esta, relativamente tópica) é sinal de que a instantaneidade e o impulso comunicacional imediato e pictórico se sobrepõe progressivamente à “lentidão” minimamente pensada da escrita, ainda que telegráfica.

2 Tomando como exemplo o serviço que é proporcionado pela plataforma *Uber*, podemos observar o seguinte: entendendo que o serviço prestado pela *Uber* não deixa de ser, predominantemente e no essencial, um serviço de transporte de passageiros em veículos descaracterizados (posição seguida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no já mencionado acórdão de 20 de Dezembro de 2017, caso *Asociación Profesional Elite Taxi vs Uber Spain*), então, apesar de os serviços *Uber* não configurarem um produto realmente novo, correspondendo a uma necessidade também nova, o facto é que esses serviços serão uma recriação e uma evolução do tradicional serviço de transporte de passageiros (táxi), fruto da utilização da tecnologia digital e dos algoritmos da plataforma. Há a prestação de um tradicional serviço, porém, com a possibilidade, para o consumidor, de verificar, a par e passo, o trajeto da viatura, escolher o tipo de viatura que vai utilizar, pagar também de forma eletrónica a viagem e, de um modo geral, pagar um preço menor. Pode também contactar o motorista antes mesmo de este chegar ao ponto de encontro escolhido pelo consumidor. Há, portanto, características novas; existem elementos de evolução e de adaptação desse tradicional produto/serviço de transporte de passageiros, a uma nova realidade marcada pela tecnologia digital – tecnologia esta que proporciona esses melhoramentos. No entanto, se seguirmos uma perspetiva diferente, entendendo-se que a *Uber* veio proporcionar um novo produto que acabou por criar uma nova necessidade – a saber, viajar nas condições que a plataforma proporciona – então, podemos considerar que o serviço oferecido pela *Uber* é diferente, inserindo-se num novo mercado relevante, em relação ao tradicional serviço de táxi. Ou seja, estaremos, assim e neste caso, perante um novo produto que responde a uma nova necessidade (entretanto desenvolvida pela própria oferta desse produto/serviço) que resultam (produto e necessidade) da tecnologia e do referido ecossistema digital.



A adoção, pelo mundo político, do *Tweet* (140 palavras por mensagem), como forma privilegiada de comunicação – e, em muitos casos, quase como instrumento de comunicação oficial – reflete muito daquilo que é a nova forma corrente de comunicar na era digital (no sentido de uma troca de impulsos que permitam a divulgação “cutânea”, imediata e sensorial, da mensagem).

Se o imediatismo nos convoca para uma proximidade comunicacional, cria-nos igualmente a ilusão psicológica de proximidade espacial. As distâncias, pelo menos psicologicamente, esbatem-se. A instantaneidade (nomeadamente, comunicacional) traz-nos uma aparente diluição da barreira espacial; se estamos todos à distância de um *clique*, de uma mensagem de correio eletrónico ou de uma videochamada no *WhatsApp*, então tendemos a ignorar as nossas distâncias físicas.

Estamos todos ligados, logo, aparentemente, estamos todos juntos.

A *Farfetch*, por exemplo, lançou um serviço denominado “entrega F90”, em dez cidades do mundo, que se caracteriza por uma entrega em casa do cliente, do produto por este adquirido na *internet*, em 90 minutos.<sup>3</sup>

A instantaneidade – resultante do imediatismo comunicacional e da ilusão de supressão de barreiras espaciais – marca, portanto, esse ecossistema digital. As plataformas são simultaneamente a consequência e o elemento potenciador dessa instantaneidade, sobretudo no domínio de certas relações de consumo.

Uma das consequências dessa instantaneidade aproveitada e exponenciada pelas plataformas digitais, no âmbito das relações económicas ou de mercado é o progressivo desaparecimento da intermediação e, também por via disso, a redução dos custos de produção (de introdução no mercado respetivo) e do preço de certos bens e serviços. Se, como já referimos, o termo “uberização” das relações económicas tem vindo a instituir-se, ele significa, no domínio dos processos produtivos, sobretudo desintermediação. Muitas relações económicas de consumo ultrapassam a etapa da intermediação entre o ofertante e o consumidor. A distribuição – sobretudo, a distribuição em massa – facilita-se, é imediata, por via de regra, nos mercados de atuação das plataformas. Na verdade, estas proporcionam um contacto direto e instantâneo entre o produtor/ofertante do produto ou do serviço em causa e o consumidor final.

2. Se falarmos de uma economia das plataformas e, no quadro habitual das constituições económicas, de um modelo de *capitalismo das plataformas*, existem algumas características marcantes (dessa economia das plataformas) que, desde logo, sobressaem:

- Na medida em que as plataformas digitais, por via de regra, colocam facilmente em contato imediato ofertantes e consumidores, há uma inevitável tendência para a

3 “Gucci em 90 minutos: A longa espera enfim acabou em todos os sentidos” pode ler-se no *sítio* promocional da *Farfetch*, apresentando o seu serviço F90: <https://www.farfetch.com/br/editorial/moda-feminina-gucci-90min.aspx> (10 de Julho de 2019)





*atomização e multiplicação* dos respetivos ofertantes e utilizadores; há a tendência para se criar uma massa grande, crescente, de utilizadores que desencadeia uma multiplicação intensiva das transações, sem grandes custos associados a tal multiplicação. Em síntese, uma tendência para se ganharem as vantagens, em termos de custos de produção, das *economias de escala*.

- Há, por via de regra, uma *relação de confiança* grande entre os ofertantes, os consumidores e a própria plataforma. Essa confiança também favorece a antecedentemente referida multiplicação, em grande escala, das transações.

- As plataformas – sobretudo com o recurso aos algoritmos e à I.A. – tendem a proporcionar uma prestação de serviços ou fornecimento de bens cada vez mais *individualizados*, atendendo aos perfis singulares e personalizados dos consumidores.

- O recurso às tecnologias digitais, para além da inevitável desintermediação, leva a que os próprios *custos inerentes à promoção das transações tendam a (quase) desaparecer*, sejam meramente residuais e economicamente pouco relevantes.

*Atomização* em grande número de agentes quer do lado da oferta, quer do lado da procura, confianças entre todos os agentes e entre estes e as próprias plataformas, prestação de serviços ou fornecimento de bens cada vez mais personalizados, atendendo às características, gostos, perfis dos consumidores reais e custos cada vez mais baixos de promoção das transações marcam, portanto e para além da salientada tendência para a desintermediação (neste sentido, “uberização”) a economia das plataformas.<sup>4</sup>

Importa, neste ponto, referir que temos em equação, sobretudo, as plataformas de cariz económico, aquelas vocacionadas para a produção, distribuição/comercialização de bens ou serviços em grande escala e que, de um modo imediato, foram suscitando o aparecimento de designações como “nova economia das plataformas”, ou as já inicialmente mencionadas “economia colaborativa” ou “economia numérica” para designar precisamente este setor de atividade que emerge com a digitalização. O nosso foco centra-se, portanto, neste tipo de plataformas.

Em sentido amplo e ainda no contexto de um ecossistema digital, poder-se-ão, no entanto, esboçar várias tipologias de plataformas, em função das finalidades, características organizativas e efeitos económicos e sociais inerentes às diversas plataformas digitais existentes.

As plataformas que, em primeira linha, visamos são aquelas que assumem, direta e imediatamente, uma finalidade económica - empresarial, prossequindo o objetivo de desintermediação e de criação de uma nova forma de distribuição de produtos e serviços, de novos conceitos de negócio – ou simplesmente de formas de negócio

4 No mesmo sentido (em parte), CONSEIL D'ÉTAT, *Étude Anuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«Uberisation»*, Coll. Les Rapports du Conseil d'État, Documentation Française, Paris, 2017, sobretudo, p. 11.



– gerados e desenvolvidos num *habitat* digital. Os seus efeitos são imediatamente económicos, afetam diretamente a produção e o consumo de determinado produto ou serviço; têm por objetivo, naturalmente, massificar o consumo, senão mesmo, criar um novo mercado, gerando uma nova necessidade que satisfazem.<sup>5</sup>

Mas existem também plataformas que, prosseguindo objetivos económicos, têm como finalidade primeira a partilha de ativos, o uso em comum de recursos. As denominadas “redes sociais”, por outro lado, também poderão ser vistas como um tipo de plataformas, porém, sem possuírem uma finalidade económica direta, imediata e distintiva, caracterizadora das suas próprias atuações; não prosseguem uma atividade direta de distribuição ou de promoção do consumo de determinado bem ou serviço (pese embora a publicidade cada vez mais segmentada que disseminam), mas uma ação e efeitos sociais diretos.

3. Torna-se inevitável que, no contexto do ecossistema digital, muitas das questões e desafios que se colocam ao Direito e à política de regulação, quando confrontados com a dinâmica das plataformas, sejam suscitados quer pelas plataformas de cariz mais imediatamente mercantilista, quer igualmente por aquelas que se assumem, em primeira e imediata linha, como sendo plataformas de relacionamento social – as denominadas “redes sociais”. De resto, ilustrando precisamente essa comunhão de desafios colocados, numa perspetiva jurídica, por todos os tipos de plataformas (em geral), podemos invocar o recente caso “Facebook”, decidido pela Autoridade da Concorrência alemã, salientando-se, nesse caso, precisamente questões de direito de defesa da concorrência e questões/problemáticas de cariz tendencialmente processual, atinentes à aplicação (ou não, como foi decidido no caso concreto) do Direito europeu, face ao Direito interno alemão.<sup>6</sup>

4. A tecnologia *blockchain* tem vindo a merecer uma atenção e uma reflexão especiais, nomeadamente, em termos jurídicos. As suas aplicações e o seu impacto evidenciam, de um modo particularmente desafiante, muitos dos institutos solidificados pela abordagem regulatória e pela própria narrativa jurídica tradicionais. Criptomoedas, *smart contracts*, registos descentralizados, por exemplo, são alguns termos e realidades que confrontam e desafiam alguns dos pressupostos sobre os quais a intervenção regulatória, em certos mercados, se foi construindo.

5 Pensamos que poderão ser ilustrativas deste tipo de plataformas geradoras de novas necessidades que, elas próprias, tentam satisfazer, tendo, previa ou simultaneamente, sido criado o produto ou serviço novo, aquelas plataformas de transação de moedas virtuais ou, em rigor, criptomoedas, como, por exemplo, a JAXX.

6 Decisão *FACEBOOK* de 6 de fevereiro de 2019 da Bundeskartellamt, B6-22/16: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2019/07_02_2019_Facebook.html) (26 de julho de 2019).

Ver, sobre o problema técnico processual suscitado em sede de aplicação do Regulamento UE nº 1/2003 do Conselho, WILS, WOUTER P.J. – *The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartellamt, in Concurrences (Revue)*, nº 3-2019 (*forthcoming*) e disponível em: <http://ssrn.com/author=456087> (26 de julho de 2019)



Não será oportuno, nestas notas tópicas, desenvolver uma noção descritiva do que é a tecnologia *blockchain*. Em rigor, será mesmo um pouco redutor falar numa tecnologia *blockchain*, na medida em que existem já – partindo do núcleo conceitual e operativo originais dessa tecnologia – várias *blockchains* ou variantes tecnológicas distintas e evolutivas dessa tecnologia de registo encriptado de informações e/ou dados. Como ponto de partida, podemos seguir a descrição sucinta e geral de *blockchain* que é formulada por Boris Barraud: uma base de dados descentralizada e sem intermediários, permitindo autonomizar uma dada transação, autenticá-la e registá-la cronologicamente (em termos temporais, de uma forma sequencial), garantindo, em termos de registo, a sua imutabilidade e a sua inviolabilidade. Assegura, em termos imediatos, a confidencialidade dos dados e das transações registadas, na medida em que regista dados encriptados; é uma técnica de registo criprográfico ou, pelo menos, poderá sê-lo e é sob essa forma que as suas principais aplicações se foram desenvolvendo, como, por exemplo, as transações de criptomoedas.<sup>7</sup>

O potencial disruptivo das aplicações das *blockchains* impõe uma reflexão profunda que passará, desde logo e em termos de premência, pela avaliação dos efeitos jurídicos das transações assim realizadas e pela *summa questio* da regulação ou *governo* da *blockchain* – em rigor, numa perspetiva integral, do mundo digital. Com efeito, se pensarmos que muitas plataformas digitais, utilizando intensivamente as vantagens competitivas que o aperfeiçoamento dos algoritmos e da I.A. proporcionam, recorrerão, cada vez mais, às técnicas de *blockchain*, conseguimos vislumbrar, com propriedade, os termos de uma necessária reflexão jurídica. Poderemos, com efeito, estar no dealbar de um tempo em que seremos confrontados, recorrentemente, com problemas advenientes da eclosão de verdadeiras “lacunas de Direito” – ou seja, espaços em branco, desertos de regulação e de um verdadeiro quadro principiológico norteador dessa possível regulação. Trata-se de uma hipótese que, por enquanto, merece ser considerada com propriedade, nomeada e principalmente, em termos de formulação e reforma de políticas públicas.

5. Será possível, com as devidas adaptações, estender a estrutura principiológica que norteia grande parte da intervenção regulatória a mercados e a transações

7 BARRAUD, BORIS, *Les blockchains et le droit. Revue Lamy Droit de l'immatériel, Lamy (imprimé) / Wolters Kluwer- édition électronique 2018*, pp.48-62. <hal-01729646>.

“A tecnologia *blockchain*, tal como a terminologia sugere, é uma concatenação de «blocos», cada um deles composto por um certo número de *data* (dados), relacionados entre si de tal modo que cada novo bloco que se acrescenta à sequência contém uma imagem criptográfica do anterior. Por outras palavras, é uma base de dados digital, partilhada, descentralizada e sincronizada que se mantém à base de um algoritmo consensual e armazenado em diversos *nodes* (computadores individuais/usuários). Por ser assim, esta tecnologia tem a particularidade de não poder ser manipulada a partir do momento em que a informação é armazenada no bloco pois assim que entra neste é anexada à sequência já pré-existente”- REBELO, MARIA PAULO, *Os desafios do Regulamento Geral de Proteção de Dados diante da nova tecnologia blockchain*, in *Anuário da Proteção de Dados 2019*, Pereira Coutinho, F. e Canto Moniz, G. (Coordenadores), CEDIS, 2019, p. 113, disponível em: <http://protecaodedados.ue.cedis.fd.unl.pt/>, (26 de Julho de 2019).



geradas e desenvolvidas no ecossistema digital? Suportadas, nomeadamente, por tecnologias *blockchain*? Por exemplo, se se avançar para uma regulação geral daquilo que denominamos por *smart contracts* (e caso, porventura, essa regulação seja viável operativamente), essa regulação assentará, ainda, nos quadros delineados pelo clássico e oitocentista direito dos contratos que conhecemos e vamos aplicando? Ou será, por hipótese, necessário – por manifesta inadequação – encontrar outra lógica, *ratio* e princípios para se edificar uma espécie de nova teoria geral da contratação digital e, em particular, desses programas que consubstanciam os *smart contracts*?

Será necessário construir-se, pedra por pedra, um novo edifício jurídico que possa albergar mais adequadamente as novas realidades do mundo digital (dos mercados, das transações, da vida das pessoas)?

6. A esse respeito e ilustrando o tipo de inquietações (hesitações e mesmo, por vezes, perplexidades) com que seremos confrontados, podemos invocar a aplicação do Regulamento UE 2016/679, ou seja, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (pessoais). E essas inquietações – inadequações ou talvez apenas simples desajustamentos – podem observar-se, desde logo, no que respeita ao âmbito de aplicação do Regulamento, *rectius*, no que diga respeito à viabilidade da aplicação (garantia de efetividade) do regime instituído pelo Regulamento.

Assim, importa recordar de um modo breve alguns conceitos – base normativizados no Regulamento. Referimo-nos aos conceitos de *dados pessoais*: qualquer informação que se relacione com uma pessoa identificável (art.º 4.º, n.º 1 do Regulamento); *dados pseudonimizados*: o tratamento de dados (pessoais) que, apesar de não poder ser atribuído a um concreto titular desses dados, permite essa possibilidade com recurso a informações suplementares (art.º 4.º, n.º 5 do Regulamento); o conceito de *responsável pelo tratamento*: entidade, pessoa singular ou coletiva, que decide a finalidade do tratamento (art.º 4.º, n.º 7 do Regulamento), “subcontratante”: a pessoa singular ou coletiva que procede ao tratamento de dados por conta do responsável pelo tratamento (art.º 4.º, n.º 8 do Regulamento), o conceito de *tratamento de dados*: qualquer operação que se faça com recurso à utilização de dados pessoais, que vão desde a simples recolha, por qualquer forma, desses dados, passando pelo seu processamento, armazenamento, transferência, a título gratuito ou oneroso ou mesmo eliminação desses dados pessoais assim tratados. (art.º 4.º, n.º 2 do Regulamento).

Invocamos estes conceitos – base e estruturantes do regime geral de proteção de dados pessoais, em aplicação efetiva nos Estados membros da União desde 25 de Maio de 2018, a propósito das técnicas de *blockchain*, na medida em que aquele regime (densificador de um direito fundamental) é, desde logo, confrontado com questões como: os dados inseridos em “blocos” de informação numa qualquer *blockchain* serão/poderão ser dados pessoais? Em caso afirmativo e aplicando-se, portanto, necessariamente o regime proteção de dados pessoais instituído pelo



Regulamento, quem é (por hipótese) o responsável pelo tratamento desses dados? Consoante as concretas situações e *blockchains* em utilização, podemos dizer que serão responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais, inseridos irreversivelmente na cadeia de “blocos de informações”, os milhares/milhões de *nodes* (computadores/operadores de computadores que acedem a essa concreta *blockchain*), espalhados, por hipótese, por todo o mundo? E como se exercerão - caso a resposta à questão suscitada anteriormente (os dados inseridos em “blocos de informações” sequenciais, numa determinada *blockchain*, serão dados pessoais?) seja em sentido positivo - os direitos consagrados em benefício dos titulares dos dados pessoais, no Regulamento? Como se exercerão e perante quem, por exemplo, o direito de acesso e, sobretudo, o fulcral “direito à desindexação/apagamento”?

Ora, efetivamente, não parece restarem muitas dúvidas sobre o carácter de “dados pessoais” – ou pelo menos, sobre a suscetibilidade de o serem – das informações inseridas em cadeias de *blockchain*.<sup>8</sup> Assim sendo, no estado atual da tecnologia, como é possível efetivar-se em transações, plataformas, certos mercados que se suportam em técnicas de *blockchain*, a aplicação do regime geral de proteção de dados, instituído pelo Regulamento UE 2016/679?<sup>9</sup>

Aparentemente, o regime geral de proteção de dados pessoais instituído pelo Regulamento UE 2016/679 não parece ter viabilidade de aplicação, no estágio atual da tecnologia, às situações/operações ou, de um modo geral, às transações que envolvam o registo, a recolha e o tratamento de dados pessoais. No seu processo de gestação e de redação (que, na realidade, formalmente começou já em 2012) não parece ter sido equacionada a tecnologia *blockchain*.

7. Ora este exemplo de desajustamento entre um regime e, no fundo, a tecnologia (uma tecnologia em concreto: a *blockchain*), poderá não ser tão inquietante como, num primeiro olhar, poderemos pensar. Na realidade, o Direito tem o seu tempo próprio de assimilação da realidade e seria uma ilusão pensar-se que poderia acompanhar (diríamos *on-line*, em termos de respostas valorativas e normativas) a vertiginosa rapidez do desenvolvimento das tecnologias e do mundo digital.

8 Pelo menos, de algumas das informações ou dados integrados nas cadeias de *blockchain* e nelas registados de forma imutável e irreversível. Referimo-nos, sobretudo, às denominadas *blockchains* abertas (públicas). Na medida em que o registo da transação é indexado à ou às operações imediatamente antecedentes (formando-se assim o “bloco de informações”), ainda que tais informações (o seu conteúdo essencial) seja encriptado, é sempre possível, com os meios técnicos adequados, identificarem-se tais dados e reportá-los à pessoa singular relativamente a quem digam respeito (se for o caso, ou seja se for uma pessoa singular e, portanto, se de alguma forma tais informações se subsumirem à noção de “dados pessoais” consagradas no Regulamento). No sentido de os próprios *IP*'s serem também dados pessoais, ver Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de Outubro de 2016, Processo C – 582/14, “Patrick Breyer vs. Bundesrepublik Deutschland”.

9 De uma forma simples e sintética, sobre esta questão e, sobretudo, sobre o carácter de “dados pessoais” dos dados/informações constantes dos “blocos” de informação das cadeias *blockchain*, ver, entre outros, REBELO, MARIA PAULO, *ob. cit.*





No entanto, o próprio Direito também acaba por condicionar o desenvolvimento tecnológico. É uma ilusão errónea pensar-se que é apenas a tecnologia que determina a evolução do Direito. Há, ainda que nem sempre imediatamente visível, uma permanente interação: as próprias soluções tecnológicas tomam em consideração a estrutura jurídica existente. Os próprios imperativos de mercado assim acabam por o determinar. No fundo, a construção de um ecossistema digital resulta de um movimento que poderíamos designar (numa perspetiva integral) como sendo um movimento tecno-jurídico-social.

8. (Nota conclusiva) Há, no entanto, um desajustamento entre a estrutura jurídica com que, de um modo geral, vivemos e os avanços do mundo e da vida quotidiana digitais. Um desajustamento que está na base do desconforto e das inquietações com que lidamos quando somos confrontados com as novas formas de relacionamento económico e social digitalizadas. Em suma, com a eclosão, cada vez mais sólida e notória, do “homo digitalis”: todo o Direito está ainda grandemente formatado numa lógica territorial – estadual, pressupõe uma repartição de poder vertical e hierarquizada. Conceitos como “interesse público” e “bem comum”, pressupostos das políticas públicas, em última instância pressupõe essa construção jurídica (pública – política) verticalizada e, de uma forma ou outra, perspetivada hierarquicamente a partir de uma entidade (por via de regra, o Estado) que concentra o poder e legitima o seu exercício.

Devemos recentrar essa visão e essa estrutura de criação e de implementação (efetividade) do Direito, quando confrontados com o movimento digital. Movimento esse que, por natureza, é transnacional e constrói-se descentralizadamente e numa dinâmica horizontal, mais ou menos espontânea e autorreguladora (o desenvolvimento das plataformas digitais, da economia colaborativa e/ou numérica ilustram isso mesmo).

No fundo, mesmo sob o ponto de vista político-constitucional, a eclosão das visões e teorias da interconstitucionalidade e da internormatividade anteciparam, de certo modo, esse caminho necessário de mudança de paradigma, de superação de uma (tendencialmente exclusiva) visão vertical e hierarquizada do Direito.



# AS NOVAS PERSPECTIVAS DOS DIREITOS AUTORAIS VINDAS DA UNIÃO EUROPEIA

Luiz Gonzaga Silva Adolfo<sup>1</sup>



Neste escrito, propõe-se este autor a fazer uma breve retrospectiva histórica da denominada “crise dos Direitos Autorais na Sociedade da Informação”, ao menos, do conceito padrão que pode aqui ser convencionado, de comum acordo, como “clássico” dos Direitos Autorais. A intenção é também designar alguns elementos que possam conduzir à ideia de inadequação da regulação autoralista aos padrões jurídicos – mormente constitucionais – e tecnológicos da sociedade em rede. E demonstrar alguns avanços ocorridos nos últimos anos, desembocando na nova regulação recente proposta na União Europeia em torno da temática.

Concebidos historicamente, principalmente a partir da Revolução Francesa, os Direitos Autorais – como de resto o Direito Privado em si, com ênfase para o Direito

1 Advogado. Doutor em Direito (Unisinos, 2006), Pós-doutor em Direito (PUC/RS, 2018). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc. Membro da Associação Brasileira de Direitos Autorais – ABDA e da Associação Portuguesa de Direito Intelectual – APDI. Componente, desde 2002 ininterruptamente, da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Rio Grande do Sul – CEPI-OAB/RS. Endereço eletrônico: gonzagaadolfo@yahoo.com.br

2 BEZERRA, Karlisson. Quadrinhos do Nerdson. Disponível em: <https://concani3.wordpress.com/2011/06/27/direito-autotral-nerdson/>, acesso em 25 jul. 2019.

Civil -, desembocaram no século XX, erigidos em sua verve privada, patrimonialista. Diga-se, como Direito de Propriedade. Propriedade especial, mas na coloração liberal-individualista, que permeava o Direito Privado daqueles tempos. Assim foi por praticamente todo o século XX, ou por que não dizer, tomando como ponto de partida o denominado *Copyright Act* da Rainha Ana na Inglaterra de 1710, por quase trezentos anos.

Dois fatores são centrais no erguimento desse patamar interpretativo. A um, como antes mencionado, o molde proprietarista, que o sistema pós-napolêônico imprimiu aos Direitos Autorais. Seriam eles, na visão corrediça, Direitos de Propriedade, individuais. Assim sendo, o foco se dava na figura do titular dos Direitos Patrimoniais, e não necessariamente do autor. Esses titulares, muitas vezes, eram (são) atores de significativo poder econômico no campo das artes e dos Direitos Culturais em geral. Ninguém negaria isso. Em segundo tempo, não bastando serem Direitos de Propriedade, os Direitos Autorais sempre foram analisados primordialmente a partir de sua vertente patrimonial, pouca importância se dando para os cognominados Direitos Morais do autor. A linha de mira era fixada estrategicamente na exploração econômica das obras, e não na figura do autor propriamente dita.

De igual sorte, dois elementos foram cruciais para a modificação do patamar interpretativo dos Direitos Autorais, mormente no final do século XX – especialmente a partir da década de 1990 - e início do século XXI –; leia-se, dos anos 2000 até o atual ano de 2019, que se encaminha para o seu fim. O primeiro está relacionado ao constitucionalismo contemporâneo. Em terras *brasílicas*, a Constituição Federal ergueu os Direitos Autorais ao patamar de Direitos Fundamentais, tanto que estão consubstanciados nos incisos XXVII a XXIX do artigo 5º de seu texto. O segundo está vinculado à Sociedade da Informação estrito senso, vale anotar, ao fantástico progresso tecnológico de nossos tempos e, com ele, às condições quase infinitas de publicação e de divulgação de obras artísticas, para focar somente nesse aspecto.<sup>3</sup> O espantoso aumento das possibilidades técnicas de publicação – particularmente, em rapidez e quantidade - e as novas formas de autoria também colocaram o modelo clássico em xeque.

Tudo desembocou em saudáveis discussões acadêmicas no mundo inteiro e também, é claro, no Brasil, nas três últimas décadas, em torno dessa crise e possíveis “soluções”. Entre nós, como antes já se sobressaiu, o tempo é praticamente o mesmo, vale dizer, a nossa Carta Magna está completando trinta e um anos no início de outubro de 2019.

3 Nos dias em que este pesquisador escreveu estas linhas, comemoravam-se os cinquenta anos da chegada do homem à Lua, em 20 de julho de 1969. A título ilustrativo desse fantástico progresso tecnológico, merece ênfase a informação de que o sistema computacional (System/360, da IBM) que permitiu a chegada da Apollo 11 à Lua, na missão de 16 a 23 de julho de 1969, tinha a capacidade de uma calculadora de bolso atual. ESTEVES, Pedro. **O computador que levou o homem à Lua**. Observador. Disponível em: <https://observador.pt/2015/07/20/o-computador-que-levou-o-homem-lua/>. Acesso em: 25 jul. 2019.



### A crise está posta. Quais os caminhos possíveis para enfrentá-la?

No mundo e no Brasil, tem-se discutido, nesse período, a inadequação desse modelo nos últimos tempos.<sup>4</sup> Isso se deu tanto no âmbito acadêmico, com centenas de produções de alto nível propugnando por mudanças<sup>5</sup>, como no círculo legislativo, com alterações que, de fato, foram concretizadas<sup>6</sup>, embora ainda incipientes.

Enquanto isso, há aqueles que defendem a importação de modelos alienígenas de Direitos Autorais, e até Direitos Autorais para animais<sup>7</sup>, sem uma reflexão mais aprofundada das diferenças entre ambos os sistemas e sem dizer que, no caso concreto do primata em relevo<sup>8</sup>, na verdade, o interesse era pecuniário, vale dizer, na velha lógica dos Direitos Autorais enquanto Direitos Patrimoniais, e não, na verve de Direitos Morais do autor. Dito de outro modo, preocupação com a exploração econômica e seus resultados, e não, com o autor propriamente dito.

Em nível internacional, no centro do palco, atualmente, as discussões em torno da Diretiva (União Europeia) n. 2019/890 do Parlamento Europeu e do Conselho, de

- 
- 4 Em 28 de junho de 2019, a Secretaria Especial da Cultura – vinculada ao Ministério da Cidadania, abriu consulta pública com prazo de sessenta dias para contribuições pela reforma da Lei de Direitos Autorais brasileira. BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial da Cultura. Ministério da Cidadania abre consulta pública sobre a reforma da Lei de Direitos Autorais. Disponível em: <http://cultura.gov.br/ministerio-da-cidadania-abre-consulta-publica-sobre-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>, acesso em 25 jul. 2019. Na publicação oficial, não há um texto-base e, muito menos, se informa se será analisada a proposta apresentada no início da atual década, após vários debates feitos no país em locais e datas distintas por dezenas de especialistas sob os auspícios da Diretoria de Direitos Autorais do Ministério da Cultura e com apresentação, ao final, de um texto-base de nova legislação autoral brasileira.
- 5 Entre tantas da mesma valia, remete-se, neste instante, à excelente obra organizada pelo Professor Marcos Wachowicz, com sugestões concretas de reforma do diploma autoralista pátrio. WACHOWICZ, Marcos (org.). **Por que mudar a Lei de Direito Autoral?** Estudos e pareceres. Florianópolis: Funjab, 2011. Disponível em: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/2011/12/versao-digital-da-obra-%e2%80%9cpor-que-mudar-a-lei-de-direito-autoral-estudos-e-pareceres%e2%80%9d/>. Acesso em: 25 jul. 2019.
- 6 Como na edição da Lei n. 12.853, de 14 de agosto de 2013. Publicada no dia seguinte, entrou em vigor 120 dias após sua publicação. Esta legislação alterou significativamente a denominada gestão coletiva dos Direitos Autorais no país. BRASIL. Lei n. 12.853, de 14 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm#art2). Acesso em: 25 jul. 2019.
- 7 Como MAGRANI, Eduardo, em sua excelente palestra no IMED, em Passo Fundo, na noite do dia 28 de maio de 2019, em mesa na qual este autor também participava no VI Congresso Internacional de Propriedade Intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento. Salvo a discordância inicial pontual aqui sustentada, remete-se para sua excelente obra, cuja leitura se recomenda: MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. Porto Alegre: Arquipélago, 2019. Ainda no campo da denominada “internet das coisas”, sobre direitos autorais para máquinas, remete-se para GERVAIS, Daniel. **Can machines be authors?** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/05/21/can-machines-be-authors/>. Acesso em: 26 jul. 2019.
- 8 O caso tão discutido do macaco que fez uma fotografia própria na Indonésia pode ser consultado eletronicamente. LAWSON, Alastair. Selfie de macaco vira alvo de disputa sobre direitos autorais. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150926\\_selfie\\_macaco\\_polemica\\_lgb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150926_selfie_macaco_polemica_lgb). Acesso em: 26 jul. 2019.



17 de abril de 2019, relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no mercado único e que altera as Diretivas números 96/9/CE e 2001/29/CE.<sup>9</sup>

Antes do texto propriamente dito, referida Diretiva apresenta uma série de oitenta e seis considerandos, que dão o norte das modificações esperadas com a edição de tal regulamentação. Já, no primeiro deles, se refere à tentativa de uma harmonização maior das legislações dos Estados-membros em matéria de Direitos Autorais, na esperança de inexistência de distorções de concorrência nesse mercado. Cita, também, nos considerandos 2 e 3, a necessidade de estimular a inovação, a criatividade, o investimento e a produção de novos conteúdos também no contexto interno, evitando a fragmentação deste e a necessidade de suplantar a insegurança jurídica que se verifica tanto para os titulares dos Direitos Autorais como para os consumidores em determinados casos, mesmo nas utilizações transfronteiriças de obras e outros materiais protegidos no contexto digital.<sup>10</sup>

No quinto considerando, menção a novas tecnologias de prospecção de dados para fins didáticos e de preservação do patrimônio cultural.<sup>11</sup> No sexto deles, a sustentação da busca de um “justo equilíbrio” entre os interesses dos autores e dos titulares de Direitos Autorais de um lado e, do outro, dos utilizadores das obras intelectuais protegidas.<sup>12</sup> Enfim, não serão analisados todos os argumentos da fundamentação introdutória do texto da nova regulação aqui por motivos óbvios, mas se remete para lá, para aprofundamento. Na continuação, mais uma vez, a título meramente introdutório e provocativo, serão enfocados alguns dos principais dispositivos da Diretiva aqui em foco, mormente no seu título 4<sup>13</sup>, que, para Quintais, contém os itens mais controversos da nova regulamentação.<sup>14</sup>

9 Publicada na edição do Diário Oficial da União Europeia de 17 de maio de 2019. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (União Europeia) n. 2019/890 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único e que altera as Diretivas números 96/9/CE e 2001/29/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0790>. Acesso em: 25 jul. 2019.

10 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (União Europeia) n. 2019/890, *op. cit.*, acesso em 25 jul. 2019.

11 “Deverão ser introduzidas exceções ou limitações obrigatórias para a utilização de tecnologias de prospecção de textos e dados no domínio da investigação científica, para a ilustração didática no contexto digital e para a conservação do património cultural.” UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (União Europeia) n. 2019/890, *op. cit.*, acesso em 25 jul. 2019.

12 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (União Europeia) n. 2019/890 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único e que altera as Diretivas números 96/9/CE e 2001/29/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0790>. Acesso em: 25 jul. 2019.

13 Intitulado MEDIDAS DESTINADAS A CRIAR UM MERCADO DOS DIREITOS DE AUTOR QUE FUNCIONE CORRETAMENTE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (União Europeia) n. 2019/890 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único e que altera as Diretivas números 96/9/CE e 2001/29/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0790>. Acesso em: 25 jul. 2019.

14 QUINTAIS, João Pedro. **The New Copyright Directive: A tour d’horizon – Part II (of press**





O artigo 15 institui um novo direito relacionado aos editores, crismado durante as discussões do projeto por alguns como “impostos de link”. Sustentado nos considerandos números 54 e 55, esse artigo é bastante criticado por boa parte dos pesquisadores do tema.<sup>15</sup> Trata-se da possibilidade de reutilização de publicações feitas na imprensa por determinados provedores na Sociedade da Informação, como agregadores de notícias on-line e serviços de monitoramento de mídia. Os editores enfrentam dificuldades em licenciar seus direitos para esses provedores e, dessa forma, não conseguem recuperar seus investimentos. Esse direito dos editores de imprensa é considerado um direito além daqueles já existentes e terá duração de dois anos a partir de primeiro de janeiro do ano seguinte ao da publicação, para as que ocorrerem depois de 06 de junho de 2019. Quintais alerta – amparado também em experiências inexitosas no mesmo sentido na Espanha e na Alemanha – que, provavelmente, esse dispositivo não alcançará o objetivo pretendido; ao contrário, fortalecerá, ainda mais, o poder concentrado dos conglomerados de mídia e das plataformas globais em prejuízo de atores com menor poder econômico.<sup>16</sup>

O artigo 16, por sua vez, criou a possibilidade de uma reivindicação de compensação justa para os editores em geral, não somente os de publicações de imprensa, mas também os de livros, publicações científicas e de música. Decorreu do julgamento do chamado Caso Repobel<sup>17</sup>, que negou aos editores uma compensação, ao argumento das limitações de reprografia e de cópia privada. Ele permite que os Estados-membros reconheçam aos editores a compensação à qual têm direito os autores no contexto das limitações aos Direitos Autorais, nos casos em que os




---

**publishers, upload filters and the real value gap).** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/17/the-new-copyright-directive-a-tour-dhorizon-part-ii-of-press-publishers-upload-filters-and-the-real-value-gap/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

15 Como, a título meramente exemplificativo, pelos quatro pensadores a seguir enumerados, para os quais se remete: 1. CHAVANNES, Remy. **A neighbouring right for press publishers – the wrong solution to a serious problem.** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/06/13/neighbouring-right-press-publishers-wrong-solution-serious-problem/>. Acesso em: 26 jul. 2019. 2. COCHE, Eugénie. **Copyright reform: a new right for press publishers – to have or not to have?** Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/03/13/copyright-reform-new-right-press-publishers-not/>. Acesso em: 26 jul. 2019. 3. MATULIONYTE, Rita. **The proposed press publishers’ right: 5 historical lessons to learn.** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/04/19/proposed-press-publishers-right-5-historical-lessons-learn/>. Acesso em: 26 jul. 2019. 4. SAMUELSON, Pamela. **Legally Speaking: Questioning A New Intellectual Property Right For Press Publishers.** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/11/19/legally-speaking-questioning-a-new-intellectual-property-right-for-press-publishers/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

16 QUINTAIS, João Pedro, *op. cit.*

17 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quarta Secção) de 12 de novembro de 2015: Hewlett-Packard Belgium SPRL contra Repobel SCRL. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-572/13>. Acesso em: 26 jul. 2019.

autores transferiram ou licenciaram os seus direitos a esses editores.<sup>18</sup>

O artigo 17 da Diretiva, na berlinda, foi muito debatido pelos estudiosos da matéria autoral.<sup>19</sup> Esse dispositivo está vinculado a uma linha mais ampla da União Europeia com objetivo de aumentar a responsabilidade das plataformas *oN-line*. Regula “provedores de serviços de compartilhamento de conteúdo on-line”, como YouTube, Facebook ou Vimeo, e ainda qualquer tipo de plataforma de usuários que se encaixe nessa ampla definição, e não seja taxativamente excluída da lista não exaustiva de exclusões de provisões. A novidade está na previsão de que estes realizam atos de comunicação ao público, quando dão acesso às obras, e assim essas plataformas tornam-se as principais responsáveis pelos *uploads* efetivados pelos seus usuários.<sup>20</sup>

Tais provedores, então, teriam duas possibilidades. A primeira seria obter autorização para disponibilizar o conteúdo publicado pelos usuários, embora possa parecer difícil ou praticamente impossível obtê-la de milhões de utilizadores, mesmo que se recorra ao instrumento de licenças compulsórias. A segunda possibilidade seria utilizada para evitar responsabilização de um rol de condições cumulativas, construídas de forma insuficiente no item 4 deste artigo 17.<sup>21</sup>

No Brasil, a novidade, neste instante, é a nova consulta pública patrocinada pela Secretaria Especial da Cultura do Ministério da Cidadania, referida, anteriormente, aqui na nota de rodapé número 4. Certamente, a comunidade acadêmica e de

18 QUINTAIS, João Pedro, *op. cit.*

19 Tomando a liberdade, este autor remete para outros autores que o enfatizaram, por razões de espaço: 1. ANGELOPULOS, Christina. **Fixing Copyright Reform: How to Address Online Infringement and Bridge the Value Gap**. Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/08/30/fixing-copyright-reform-address-online-infringement-bridge-value-gap/>. Acesso em: 26 jul. 2019. 2. ANGELOPULOS, Christina. **Axel Voss's JURI Report on Article 13 Would Violate Internet Users' Fundamental Rights**. Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/06/29/axel-voss-juri-report-article-13-violate-internet-users-fundamental-rights/>. Acesso em: 26 jul. 2019. 3. MOSCON, Valentina. **The Council Negotiating Position on Article 13: Warning, Creators are also Part of the Game!!!** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/07/04/council-negotiating-position-article-13-warning-creators-also-part-game/>. Acesso em: 26 jul. 2019. 4. JACQUES, Sabine. **Automated anti-piracy systems: A call for further evidence-based policies**. Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/04/04/automated-anti-piracy-systems-a-call-for-further-evidence-based-policies/>. Acesso em: 26 jul. 2019. 5. LEWINSKI, Silke von. **Comments on the 'value gap' provisions in the European Commission's Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market (Article 13 and Recital 38)**. Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/04/10/comments-value-gap-provisions-european-commissions-proposal-directive-copyright-digital-single-market-article-13-recital-38/>. Acesso em: 26 jul. 2019. 6. HUSOVEC, Martin. **Compromising (on) the Digital Single Market? A Quick Look at the Estonian Presidency Proposal(s) on Art 13**. Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/09/08/compromising-digital-single-market-quick-look-estonian-presidency-proposals-art-13/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

20 QUINTAIS, João Pedro, *op. cit.*

21 QUINTAIS, João Pedro, *op. cit.*



atuação profissional nos mais vários âmbitos envidará esforços por uma legislação brasileira consentânea com a realidade técnico-digital da Sociedade da Informação. É claro, essa iniciativa governamental está diretamente relacionada à edição da Diretiva Europeia na temática, tanto que, no próprio ato convocatório, a menciona.

## Considerações finais

É o momento de apresentar linhas finais, mesmo que breves, e, como dito anteriormente, meramente a título de provocação, já que outros trabalhos virão sobre o tema aqui na berlinda.

Como sustentando, a denominada “crise” da regulação dos Direitos Autorais decorre, inicialmente, de um padrão excessivamente patrimonialista, vinculado a Direitos Patrimoniais de Autor, e não a um direito “de autoria”, propriamente dito. Ou seja, valorizava-se mais a exploração econômica do que a obra propriamente dita. E essa exploração econômica não tinha, como principal beneficiário dos resultados monetários, o autor.

Essa inadequação da previsão legislativa dos Direitos Autorais também sofreu forte impacto com o constitucionalismo contemporâneo entre nós, mormente com o advento da Carta Magna de 1988. Outros Direitos Fundamentais – aqui podendo se citar o Direito à Cultura, à Educação, e à Informação -, podem estar em colisão com os Direitos Autorais em sua cariz clássica.

O *boom* da tecnologia, em suas mais várias formas, áreas e facetas, somente agregou mais uma pá na cal que é depositada sobre esse sistema em bancarrota. Enquanto os Direitos Autorais dos séculos XVIII a XX tinham, como palavra-chave, “não” (possibilidade de proibir), todo o aparato tecnológico da atualidade labora pelo “sim” (possibilidade de permitir acesso).

Alguma coisa está errada neste palco e, certamente, não é a tecnologia...

As fundamentações teóricas erigidas por milhares de pensadores contemporâneos dos Direitos Autorais nos últimos anos dão esperança.

Os novos ventos que sopram da União Europeia, certamente, são um alento para que possamos discutir sobre e construirmos os novos Direitos Autorais da Sociedade da Informação.

## Referências

ANGELOPULOS, Christina. **Axel Voss’s JURI Report on Article 13 Would Violate Internet Users’ Fundamental Rights**. Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/06/29/axel-voss-juri-report-article-13-violate-internet-users-fundamental-rights/>. Acesso em: 26 jul. 2019.



ANGELOPULOS, Christina. **Fixing Copyright Reform: How to Address Online Infringement and Bridge the Value Gap.** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/08/30/fixing-copyright-reform-address-online-infringement-bridge-value-gap/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BEZERRA, Karlisson. **Quadrinhos do Nerdson.** Disponível em: <https://concani3.wordpress.com/2011/06/27/direito-autoral-nerdson/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.853, de 14 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm#art2). Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial da Cultura. Ministério da Cidadania abre consulta pública sobre a reforma da Lei de Direitos Autorais. Disponível em: <http://cultura.gov.br/ministerio-da-cidadania-abre-consulta-publica-sobre-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CHAVANNES, Remy. **A neighbouring right for press publishers – the wrong solution to a serious problem.** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/06/13/neighbouring-right-press-publishers-wrong-solution-serious-problem/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

COCHE, Eugénie. **Copyright reform: a new right for press publishers – to have or not to have?** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/03/13/copyright-reform-new-right-press-publishers-not/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

ESTEVEES, Pedro. **O computador que levou o homem à Lua.** Observador. Disponível em: <https://observador.pt/2015/07/20/o-computador-que-levou-o-homem-lua/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

GERVAIS, Daniel. **Can machines be authors?** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/05/21/can-machines-be-authors/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

HUSOVEC, Martin. **Compromising (on) the Digital Single Market? A Quick Look at the Estonian Presidency Proposal(s) on Art 13.** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/09/08/compromising-digital-single-market-quick-look-estonian-presidency-proposals-art-13/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

JACQUES, Sabine. **Automated anti-piracy systems: A call for further evidence-based policies.** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/04/04/automated-anti-piracy-systems-a-call-for-further-evidence-based-policies/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

LAWSON, Alastair. Selfie de macaco vira alvo de disputa sobre direitos autorais. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150926\\_selfie\\_macaco\\_polemica\\_lgb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150926_selfie_macaco_polemica_lgb). Acesso em: 26 jul. 2019.

LEWINSKI, Silke von. **Comments on the ‘value gap’ provisions in the European Commission’s Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market (Article 13 and Recital 38).** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/04/10/comments-value-gap-provisions-european-commissions-proposal-directive-copyright-digital-single-market-article-13-recital-38/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da**



hiperconectividade. Porto Alegre: Arquipélago, 2019.

MATULIONYTE, Rita. **The proposed press publishers' right: 5 historical lessons to learn.** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/04/19/proposed-press-publishers-right-5-historical-lessons-learn/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

MOSCON, Valentina. **The Council Negotiating Position on Article 13: Warning, Creators are also Part of the Game!!!** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/07/04/council-negotiating-position-article-13-warning-creators-also-part-game/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

QUINTAIS, João Pedro. **The New Copyright Directive: A tour d'horizon – Part II (of press publishers, upload filters and the real value gap).** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/17/the-new-copyright-directive-a-tour-dhorizon-part-ii-of-press-publishers-upload-filters-and-the-real-value-gap/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

SAMUELSON, Pamela. **Legally Speaking: Questioning A New Intellectual Property Right For Press Publishers.** Kluwer Copyright Blog. Wolters Kluwer. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/11/19/legally-speaking-questioning-a-new-intellectual-property-right-for-press-publishers/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (União Europeia) n. 2019/890 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único e que altera as Diretivas números 96/9/CE e 2001/29/CE. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0790>. Acesso em: 25 jul. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Quarta Secção. Acórdão de 12 de novembro de 2015: Hewlett-Packard Belgium SPRL contra Reprobel SCRL. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-572/13>. Acesso em: 26 jul. 2019.

WACHOWICZ, Marcos (org.). **Por que mudar a Lei de Direito Autoral?** Estudos e pareceres. Florianópolis: Funjab, 2011. Disponível em: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/2011/12/versao-digital-da-obra-%e2%80%9cpor-que-mudar-a-lei-de-direito-autoral-estudos-e-pareceres%e2%80%9d/>. Acesso em: 25 jul. 2019.





# CHALLENGING AUSTERITY BEFORE EUROPEAN COURTS

*Carlos Aymerich cano*  
*Universidade da Coruña*  
aymcan@udc.gal

## 1 Introduction

The EU's response to the banking crisis unleashed in 2007, later turned into a public debt one, took place through the imposition of macroeconomic conditionality attached to the different bailout instruments. In summary, the measures imposed on the affected States through the corresponding Memorandum of Understanding (MoU) and Council Implementation Decisions (CID) consisted of social spending cuts - wages, allowances, pensions and public benefits; public spending on health, education and social services, etc. – as well as in the so-called structural reforms concerning the labor market, the pension system, the welfare and, between other areas, the financial sector. Actually, none of these measures were new: all of them were recommended, before the crisis outbreak, by EU institutions and other international organizations such as the OECD or the IMF. So the crisis offered a chance to confer binding force to those old recommendations or, in other word, to implement their “maximum” program.

It can be affirmed, then, that the political direction of the rescued States has been carried out by the European institutions - Council, Commission, Eurogroup and, very especially, the ECB – instead of the corresponding governments. From this point of view, the management of the crisis has meant a real constitutional change in the EU and, especially, in the euro area. The real existing EU and EMU have little to do with those designed in the TEU and the TFEU. Indeed, it is the Community institutions and not the Member States that dictate the economic and budgetary policies, by virtue of a functional competence not foreseen in the Treaties: the maintenance of the stability of the euro area as a whole. In practice, the ECB and the Commission, especially the former, have seen their areas of action greatly expanded, far beyond the original design of the Treaties. However, this enlargement has not been accompanied by the creation of new accountability mechanisms or, at least, the reinforcement of the already existing ones. The management of the crisis, in short, has confirmed the secondary role that fundamental rights play within the EU legal system, despite the fact that the entry into force of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) in 2007 coincided with the outbreak of the crisis.

The impact of these changes have been analyzed from different points of view: the social consequences caused by the austerity measures [GHAILANI, 2016; VAUGHAN-



WHITEHEAD, 2014; PE IPOL, 2015], the political and constitutional implications derived from the political and institutional response to the crisis [JOERGES, TUORI and TUORI, GARBEN] or, without exhaustive intention, its repercussion on fundamental rights and the Rule of Law [KILPATRICK, 2018]. The judicial review of these measures and reforms has also been studied, both in relation to the CJEU and to the domestic courts, the ECHR and even other non-jurisdictional bodies set up for the protection of human rights [DONAIRE VILLA, 2018; SILVEIRA and PEREZ; KILPATRICK and DE WITTE, 2014; AYMERICH, 2015; PALMSTOFER, 2014.]. All these works come together in a general conclusion: so far, neither the CJEU, nor the ECHR, nor the internal judges and courts of the Member States, except in very few exceptions, have carried out an effective review of the single acts and norms implementing and organizing, institutionally and functionally, the austerity policies. If anything, until now, the CJEU (and, following it, also the national judicial organs) has legalized a constitutional overturn made outside the treaties<sup>1</sup>.

This does not mean, in any case, that it is not worth to analyze the austerity case-law of CJEU. On the one hand, even at the risk of be too optimistic, because it has evolved from an initial rigid closure to a relative opening that could allow, if the evolutionary line is maintained, to achieve the practical results that have not been produced so far. On the other hand, the contrast of this doctrine of austerity with that followed by the court in other areas makes it possible to detect inconsistencies and, so, new arguments to challenge the policies of social regression. All this despite the fact that one of the fundamental keys for the full understanding of this jurisprudence is the moment in which each decision was issued and, along with it, the fact that the arguments used have been, in each case, the ones that best allowed the inadmissibility or dismissal of the actions and pretensions exercised<sup>2</sup>.

The work will therefore consist of two parts: in the first, examining the current state of CJEU austerity case-law analyzing the three types of action provided for in EU law, trying to highlight the guidelines, the direction of changes and the temporal context of each decision. In the second, these pronouncements will be contrasted with others dictated by the CJEU in other “normal” areas and in ordinary times, in order to find out if the return to normality opens up new challenges. As a proposal, the final conclusions will explore the possibilities, if any, for successful challenging of austerity measures before the EU Court.

1 As JOERGES concluded, “After all, the transformations which European crisis politics has brought about have been legalised by the European Court of Justice” (JOERGES, 2018:8).

2 In this sense, KILPATRICK, 2017.



## 2 The CJEU austerity case-law: state of the art

Consistent with the purpose of this paper, references to the jurisprudence of the CJEU on austerity must be understood as made to the resolutions issued deciding actions and preliminary questions related to the conditionality imposed through the corresponding assistance programs.

Without ignoring the heterogeneity of these programs [KOUKIADAKI, 2014; KILPATRICK, 2017], its unitary treatment is justified because, at present, the ESM is the only active mechanism (and, therefore, the new assistance programs that are developed in the future in the Eurozone will be carried out through it) and also because after the "Two Pack" of 2013, the adjustment programs will in any case be approved by "the Council, pronouncing by qualified majority and on the proposal of the Commission"<sup>3</sup>. So, apparently, this resolves the discussions about the legal nature of the MoU, of its subjection to EU Law and whether or not they constitute a reviewable act in accordance with Article 263 TFEU. Consequently, this unitary consideration is justified from a prospective point of view which is the one adopted in this work.

### 2.1 Action for annulment

It is noteworthy that although the first adjustment programs date back to 2010, and also that the first actions for annulment have been filed in the same year, the CJEU has declared them inadmissible due to lack of legitimacy of the plaintiffs. Indeed, by means of two orders issued on the same day - November 27, 2012 -, the General Court did not receive actions for annulment filed by a Greek union of public employees (ADEDY) and several public employees individual claims against the Decisions adopted by The Council of the EU in the framework of the excessive deficit procedure which, in sum, reproduced the terms of the MoU signed two days before by the Greek State and the Commission, acting in behalf of the creditors: the rest of Euro-zone member States.

By means of Orders, the GC was forced to enter into the merits of the case in order to justify that the contested acts did not individually affect the plaintiffs within the meaning of Article 263 TFEU. The reasoning in respect of the content of the contested decisions was that "all those provisions, given their range, require national implementing measures which will specify their content. In the context of that implementation, the Greek authorities have a wide discretion, provided that the final objective of reducing the excessive deficit is pursued. It is those national measures which, possibly, will directly affect the legal situation of the applicants"<sup>4</sup>.

3 Regulation (EU) n° 472/2013, of May 21, article 7.2.

4 General Court Order of 27 November 2012, T-541/10, par. 84.



Taking into account the unusual length of some of these orders, even including *obiter dicta* concerning the merits of the issues<sup>5</sup>, according to the jurisprudence of the GC itself, the logical thing would have been to dictate a judgment counting with an AG Opinion. Anyway, both the absence of this Opinion and the lack of intervention of the CJEU - because the order was not appealed - have prevented in 2012, at the height of the crisis, we could have a clear guide that would have helped to avoid subsequent inadmissibilities such as the one pronounced by the GC in *Mallis*<sup>6</sup>, based on the fact that the plaintiffs addressed their action against a decision of the Eurogroup, a body that “cannot be equated with a configuration of the Council or be classified as a body, office or agency of the European Union within the meaning of Article 263 TFEU”. Hence, having the Eurogroup no decision-making powers, internal norms containing the challenged measure “cannot be regarded as having been imposed by a supposed joint decision of the Commission and the ECB that was given concrete expression in the statement [the one adopted by the Eurogroup] at issue”.

The mistake made by the plaintiffs can be explained by the absence of a Council Decision - since the Cypriot MoU was signed two months before the entry into force of the "Two Pack" - and because of the fact that the CJEU had not yet clarified, at that time, the legal nature and contestability of MoUs, despite having enough opportunities to do so. An error certainly opportune since the claimants in *Mallis*, unlike the cases ADEDY, did meet the requirement of active legal standing - individual and direct concern – provided for in article 263 TFEU.

Eventhough, *Ledra* ruling<sup>7</sup> – delivered the same day that the *Mallis* one, on 20 September 2016 – clarified, finally, the legal nature of MoU in non EU-bailouts as it was the case: a MoU celebrated under the ESM Treaty. Recalling the formalistic approach set up in *Pringle*<sup>8</sup>, *Ledra* ruling placed, first, the ESM outside the EU framework and, thus, stating that the creation of such an instrument cannot be qualified as “EU law implementation”; second, following the AG Opinion, that “the fact that one or more institutions of the European Union may play a certain role within the ESM framework does not alter the nature of the acts of the ESM, which fall outside the EU legal order”.

5 Namely, respecting the reduction of Christmas, Easter and Summer allowances of public employees, CG stresses the margin of discretion enjoyed by the Greek authorities, advancing an argument later embraced by the CJEU: “It is apparent from the very wording of Article 2(1)(f) of the basic act [the Council Decision] that that provision places the obligation on the Hellenic Republic to achieve a budgetary objective, namely saving EUR 1 500 million per year (EUR 1 100 million in 2010) by reducing the bonuses paid to civil servants. However, that provision does not stipulate either the means of making that reduction or the categories of civil servants affected by it, which factors are left to the discretion of the Hellenic Republic”. Certainly, CG has a very strange understanding of the notion of “wide discretion”.

6 C-105/15, *Mallis*, ECLI:EU:C:2019:90.

7 C-8/15 to C-10/15, *Ledra Advertising et al. v European Commission and European Central Bank*, ECLI:EU:C:2016:701.

8 C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756



Accordingly, MoU celebrated under ESM cannot be considered an act likely to be challenged before the CJEU through an action for annulment.

## 2.2 Request of preliminary ruling

Once the action for annulment was closed for non-privileged claimants as individuals or unions, they tried the alternative route of preliminary ruling. However, once again, none of the issues raised by internal courts obtained a satisfactory answer.

A firsts group of preliminary questions deferred by Romanian<sup>9</sup> and Portuguese<sup>10</sup> courts were declared inadmissible by means of Orders, stating the CG that the referring courts had provided no elements to prove that the challenged measures - Portuguese budgets and Romanian laws - implemented EU Law.

It should be noted that although the plaintiffs and the referring courts could have failed to demonstrate the relationship between the challenged internal rules and EU law - an obvious relationship, moreover, since the corresponding statements of reasons expressly justified the cuts in them contained as a fulfillment of the commitments assumed with the EU through the corresponding MoU -, the CG itself should have drawn up this relationship, redrafting the questions deferred as it normally does on other issues<sup>11</sup> or, at least, applying the request for clarification regulated in article 101 of the ECJ Rules of Procedure. Considering the obscurity and legal complexity of the matter and its interest for future cases, this constructive approach seems especially appropriate. In other "normal" realms, the case-law holds that questions referred by the internal courts enjoy a "presumption of relevance that can only be destroyed in exceptional cases, for example, as "when it is clear that the requested interpretation of the law Union does not have any connection with the reality or the subject-matter of the main proceedings"<sup>12</sup>, so that the burden of proof of the lack of relevance lies with the CJEU.

9 Case C-434/11 *Corpul Național al Polițiștilor*, Order [2011] ECR I-00196; Case C-134/12 *Corpul Național al Polițiștilor*, Order [2012] ECLI:EU:C:2012:288; Case C-462/11 *Cozman*, [2011] ECR I-00197; Case C-262/14 *SMCD* [2015] ECLI:EU:C:2015:336.

10 Case C-128/12 *Sindicato dos Bancários do Norte*, Order [2013] ECLI:EU:C:2013:149; Case C-264/12 *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins v Fidelidade Mundial – Companhia de Seguros, SA*, Order [2014] ECLI:EU:C:2014:2036; Case C-665/13 *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins v Via Directa - Companhia de Seguros, SA*, [2014] ECLI:EU:C:2014:2327.

11 "Admittedly, the Court has repeatedly held that, even if, formally, a national court limits its reference to the interpretation of certain provisions of European Union law, the Court is not thereby precluded from providing the national court with all those elements of interpretation of that law which may be of use deciding the case before it, whether or not that court has specifically referred to them in the wording of its question (see, inter alia, *Dyson*, paragraph 24; Case C-392/05 *Alevizos* [2007] ECR I-3505, paragraph 64; and Case C-275/06 *Promusicae* [2008] ECR I-271, paragraph 42)" [Judgment in C-257/11, *Belgian Electronic Sorting Technology NV*, 2013, p. 29].

12 C-617/10, *Åkerberg Fransson* [2013], ECLI:EU:C:2013:280.





In a second group we can include *Florescu*<sup>13</sup> and *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*<sup>14</sup> rulings, in which the CJEU resolves on the merits of the questions raised, although, again, dismissing finally the claims of the plaintiffs.

The *Florescu* ruling resolves, in an unusually slow manner<sup>15</sup>, a preliminary ruling in which a Romanian court questioned whether the MoU celebrated between Romania and the EU in 2009 required necessarily the adoption of internal norms such as the law that, in the present case, prevented the claimants to accumulate their pension of retired magistrates with the salary received as university professors.

In the first place, the ruling clarifies that a MOU of a bailout carried out within the framework of EU law<sup>16</sup> constitutes an act in the meaning of Article 267 TFEU, which can therefore be prejudicially questioned by internal courts. However, should the plaintiffs challenged the Council Decision granting financial assistance, which substantially reproduces the content of the MoU, the same conclusion would be reached<sup>17</sup>. In any case, in a contradictory manner and with the purpose of closing even stronger the possibility of direct challenge by way of Article 263 TFEU - by excluding the existence of individual and direct affectation -, the CJEU states that "the Memorandum of Understanding, although mandatory, contains no specific provision requiring the adoption of the national legislation at issue in the main proceedings"<sup>18</sup>.

Having overcome the barrier of admissibility, the CJEU examines then the merits of the plaintiffs' claims, based on the infringement of several fundamental rights proclaimed in the ECFR - fundamentally property right (article 17) in relation to equality (article 20) , non-discrimination (article 21) and effective judicial protection (article 47). To this end, first, it recognizes that the Romanian law concerned must be qualified, for the purposes of Article 51 of the Charter, as a state activity implementing EU law.

In this way, it analyzes the compatibility of the Romanian measure with the ECFR through the test of proportionality and respect for its essential content foreseen in article 52. Then, it recognizes that the right to the automatic payment of a social benefit integrates, in accordance with the jurisprudence of the ECHR, a patrimonial interest falling within the scope of application of the property right proclaimed in the

13 C-258/14, *Florescu v Casa Județeană de Pensii Sibiu* [2016] ECLI:EU:C:2016:995.

14 C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* [2018], ECLI:EU:C:2018:117.

15 Between the request - April 3, 2014 - and the date of the judgment - June 13, 2017 - more than three years elapsed.

16 The MoU between Romania and the EU was concluded within the framework of Regulation 332/2002 of the Council, which established a medium-term financial assistance mechanism for the balance of payments of the Member States (as amended by Regulation 431 / 2009), developing the mechanism of mutual financial assistance established in Article 143 TFEU. The content of the MoU is reproduced in a Council Decision.

17 KILPATRICK (2015: 18) warns that to focus on MoU "hides' the much more conventional EU legal sources, Council Decisions and Implementing Decisions, firmly encasing individual bailouts".

18 *Florescu*, p. 41.



Additional Protocol number 1 of the ECHR. However, the aforementioned right has no absolute value since it can be restricted by general interest objectives which is, in the case under examination, to "rationalize public spending in a context of exceptional global crisis in the financial and economic fields ". Having identified this objective, it concludes that the "exceptional and temporary" restrictions imposed by domestic law in application of the MoU, although within the "wide margin of appreciation" available to the Member States in economic policy matters, do not affect the essential content of the right invoked<sup>19</sup>, concluding that said regulation "is adequate to achieve the objective of general interest pursued and is necessary to achieve it"<sup>20</sup>.

In the judgment rendered in *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*,<sup>21</sup> the CJEU confirms the criterion established in *Florescu* by admitting a preliminary ruling which sought to clarify whether "the second subparagraph of Article 19(1) TEU must be interpreted as meaning that the principle of judicial independence precludes general salary-reduction measures, such as those at issue in the main proceedings, linked to requirements to eliminate an excessive budget deficit and to an EU financial assistance program, from being applied to the members of a Member State's judiciary"<sup>22</sup>.

The reference made to Article 19.1 TEU is hardly innocent. It is a conscious choice since the question deferred by the Portuguese court included both this precept and also article 47 ECFR, which proclaims the right to effective judicial protection and an impartial judge. The wording of article 19.1 TEU ("Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law") has a wider scope than that resulting from article 51.1 ECFR ("The provisions of this Charter are addressed to the ... Member States only when they are implementing Union law "). In the present case, to the extent that the Tribunal de Contas "may rule ... on questions concerning the application or interpretation of EU law ... the Member State concerned must ensure that that court meets the requirements essential to effective judicial protection, in accordance with the second subparagraph of Article 19(1) TEU"<sup>23</sup>. It seems that, somehow, the CJEU assumes that the challenges measures were directly linked with the EU debt-loan activity. This represents a clear shift from the

19 The romanian law challenged "does not call into question the very principle of the right to a pension, but restricts its exercise in well-defined and limited circumstances, namely, when the pension is combined with a professional activity carried out in public institutions and when the amount of the pension exceeds a certain threshold. Thus, Law No 329/2009 is consistent with the essential content of the right to property enjoyed by the applicants" (p. 55).

20 P. 59.

21 C-64/16, EU:C:2018:117. In summary, the question asked by the *Supremo Tribunal Administrativo* of Portugal asked whether the reduction of the remuneration of the judges of the *Tribunal de Contas*, derived from the conditionality attached to a financial assistance regulated by EU Law, breaches the principle and the fundamental right to effective judicial protection (articles 19 TEU and 47 CDFUE, respectively) by affecting judicial independence.

22 P. 27.

23 P. 40.



formalistic and restrictive approach followed by the Court in preceding cases<sup>24</sup>.

In the present case, it should be noted that, as is apparent from the information provided by the referring court, the salary-reduction measures at issue in the main proceedings were adopted because of mandatory requirements linked to eliminating the Portuguese State's excessive budget deficit and in the context of an EU programme of financial assistance to Portugal.

Regardless of the relevance of the ruling in other important areas<sup>25</sup>, after stating that the notion of judicial independence implies that the members of the jurisdictional bodies shall "receive a level of remuneration in line with the importance of the functions they exercise" - although it does not specify what this level is, nor according to what criteria it is to be determined - the CJEU makes a hasty proportionality judgment to conclude that in view of its limited, general and temporal nature "the salary-reduction measures at issue in the main proceedings cannot be considered to impair the independence of the members of the Tribunal de Contas"<sup>26</sup>. The broader scope of the principle of judicial protection means, in return, that the applied proportionality test is less demanding than that which would result from applying the homonymous fundamental right.

### 2.3 Compensation for damages

In *Ledra*, the plaintiffs brought an action seeking a compensation for the damages provoked to them by the measures adopted by the Cyprian Government in order to meet the conditionality imposed through the 2013 MoU<sup>27</sup>, as prevented the enjoyment of their property fundamental right (article 17 CFRUE). Once excluded the EU nature of MoU celebrated within the framework of ESM, the CJEU clarified that such a finding "cannot prevent unlawful conduct linked, as the case may be, to the adoption of a memorandum of understanding on behalf of the ESM from being raised against the Commission and the ECB in an action for compensation under Article 268 TFEU and the second and third paragraphs of Article 340 TFEU"<sup>28</sup>. So, as the EU institutions are bound to comply with EU law even when performing the tasks conferred to them by non EU instruments (which is the case of the ESM), this activity can be a source of a

24 "In the present case, it should be noted that, as is apparent from the information provided by the referring court, the salary-reduction measures at issue in the main proceedings were adopted because of mandatory requirements linked to eliminating the Portuguese State's excessive budget deficit and in the context of an EU programme of financial assistance to Portugal" (p. 46).

25 In particular, it is the duty of all Member States to ensure that their courts, within the meaning of Article 19.1 TEU, "comply with the requirements of effective judicial protection", including judicial independence (p. 35 to 38).

26 P. 51.

27 The freezing and partial conversion of their unassured bank deposits into shares.

28 *Ledra*, p. 5.



non-contractual liability of the EU if the conditions set in articles 268 and 340 TFEU are met: the unlawfulness of the conduct alleged against the EU institution, the fact of damage and the existence of a causal link between the conduct of the institution and the damage.

This opening to damage claims against austerity measures must be welcomed as a step forward. None the less, requirements are tougher than the established for annulment as the unlawfulness must be a “serious breach of a norm intended to confer rights to the individuals”. An interesting finding is that, as a rule, all fundamental rights provisions of the CFRUE can be qualified as such a norm.

But, as in the previous cases, the lawfulness of the restriction that the challenged measures suppose for the property right must be ascertained through the proportionality test. In this respect, the CJUE considers that the measures meet the requirement of necessity by responding "to an objective of general interest pursued by the European Union, namely the objective of ensuring the stability of the banking system in the euro area, as a whole". For the same reason, "and having regard to the imminent risk of financial losses to which depositors with the two banks concerned would have been exposed<sup>29</sup>", the measure is considered as proportionate.

In *Sotiropoulou*<sup>30</sup>, the GC applies the *Ledra* doctrine admitting the claim brought by several Greek retired public employees seeking a compensation for the reduction of their pensions, as those measures were adopted by the Greek authorities in order to comply with conditions established through a series of Council Decisions (reproducing the terms of the original MoU and its subsequent amendments). The application was grounded on the violation of the principles of conferral and subsidiarity (articles 4 and 5 TEU) and also on articles 1, 25 and 34 CFREU (human dignity, elderly rights and accession to social security benefits, respectively).

Since the first condition for the existence of non-contractual liability of EU is a serious breach of a norm intended to confer rights to individuals, the first grievance was dismissed since the invoked norms do not confer any individual right. With regard to the violation of fundamental rights, after admitted that such a norms can be deemed as intended to confer rights to individuals, the GC proceed to the proportionality test. In this sense, it stresses the discretion - “wide margin of appreciation” - enjoyed by EU institutions acting in accordance with articles 126 and 136 TFEU, since these dispositions set only the aims to be achieved, entrusting the institutions with the task to make economic policy choices. Finally, taking into account the context – “imminent threat for the financial stability of the euro-area as whole” – and the procedure through which those measures were adopted – negotiated and agreed by the IMF, the ECB and the Commission with the Greek Government – the Court concludes that measures

---

29 P. 74.

30 T-531/14 [2017], ECLI:EU:T:2017:297.



in question were proportionate and cannot be considered as unjustified restrictions of the invoked fundamental rights.

All of these points have been confirmed very recently in *Steinhof*<sup>31</sup> judgment, in which the GC, once declared the admissibility of the compensation claim, stated that liability can stem even from non-binding Opinions or discretionary actions adopted by the institutions within their broad margin of appreciation<sup>32</sup>, since they are always obliged to comply with fundamental rights and to promote the achievement of EU goals enshrined in articles 2, 3 and 6 TEU. Following *Ledra*, the Court admitted that this obligation can be breached by default, is to say, when the ECB Opinion do not warn about the violation of fundamental rights and principles.

Anyway, at last, claims were dismissed, highlighting how difficult is to demonstrate the existence of a “serious breach”<sup>33</sup>, to identify a norm intended to grant rights to the claimants<sup>34</sup> or to overcome the proportionality test<sup>35</sup>. Even in a case as the one decided in this ruling in which, actually, the plaintiffs did not sought to release any austerity measure but, on the other hand, to strengthen cutbacks even more denying Greece’s right to renegotiate its sovereign debt.

### 3 Concluding remarks

Until now, no action for annulment against austerity measures has been admitted. Because of the lack of standing of the plaintiffs, the absence of an individual and direct concern or due to the unchallengeability of the acts against which those actions were addressed.

Over the time, the CJEU has lifted some of these barriers. It has, for example,

31 T-107/17 [2019], ECLI:EU:T:2019:35. Frank Steinhof along with other German private holders of Greek sovereign debt bonds issued in 2011-2012 brought a compensation claim against the ECB based on the Opinion given by this institution prior to the adoption of a Greek parliamentary Law allowing the renegotiation of sovereign debt. The value impairments suffered by the claimants supposed, according with their allegations, a violation of article 17 ECFR (right to property) along with other EU Law principles (*pacta sunt servanda*) and provisions (as the included in articles 63 and 124 TFEU).

32 Even when this discretion includes “complex economic and social assessments in situations subjected to a rapid evolution”.

33 According with the case-law, “the decisive test for a finding that this requirement has been satisfied is whether the institution concerned has manifestly and gravely disregarded the limits of its discretion” along with “the complexity of the situations to be regulated” (T-341/07, José María Sison, ECLI:EU:T:2011:687).

34 Respecting the alleged violation of article 124 TFEU, the Court states that as this is not a norm intended to confer rights to the claimants, this provision cannot be invoked for compensation purposes (p. 139 to 141).

35 Since there is a overriding reason of public interest – the stability of the euro zone as a whole – and an exceptional situation – an unforeseeable crisis –, the measures adopted do not undermine the core content of the right concerned and, so, can be deemed proportional.





corrected the formalistic approach applied in its first ADEDY orders. Others has been removed by the legislator. This is the case of MoU agreed within the ESM framework, since the Regulation (EU) nº 472/2013 put them back within the scope of EU Law, tearing down the separation between EU and non-EU bailouts. However, CJEU has not yet clarified its positions at this regard, as none ESM bailout has been approved after the entry into force of that Regulation. And, as noted above, when it came to issues in which an individual and direct concern could exist (as in *Mallis*), the action was dismissed because it was addressed against an unsuitable act.

The opening of compensation claims under articles 267 and 340 TFEU is a good new, clouded by the tough conditions set by the case-law. Fundamental right provisions, even the social ones, fulfil the requirement of being a norm intended to confer rights on individuals. Yet, it is much more difficult to find unlawfulness, conceived as a “serious breach”, within a realm in which the executive EU institutions enjoy a wide – virtually absolute – margin of appreciation. The deference delivered by the CJEU to economic policy choices, boosted by the excepcionality of the situation and the subsequent need for an imminent response, makes very hard to achieve a positive outcome. Also, when it comes to the “technical expertise” of institutions like the ECB, this deference supposes a practical immunity to judicial review.

With regard to the request for preliminary rulings, the European courts insist that if action for annulment are inadmitted, austerity measures can be challenged before the domestic judges according with article 19.1 TEU. But this insistence, accentuated with the development of the principle of effective judicial protection in relation to the judges and courts of the Member States in the *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* ruling, obviates the practical shortfalls of this path. For example, it is obvious that in Spain, norms having legal rank - including those contained in the numerous Decrees-Law approved since 2010 - cannot be challenged directly by this means, since the citizens have no standing to challenge them directly before the Constitutional Court and that ordinary judges and courts are not obliged to bring before the latter the question of constitutionality, which is an indirect way to do so (DONAIRE VILLA, 2018: 149). From this point of view, the stress put by the CJEU on preliminary ruling as a feasible alternative route seems to be motivated by getting rid of the responsibility of deciding matters as sensitive as those related to austerity, rather than by its practical effectiveness.

Regarding the use of fundamental rights as a parameter of legality of austerity measures, the review of the ECHR's case law reveals that limitations in this field are not exclusive to the CJEU. In any case, it can be expected that once the emergency phase is over, the EU courts shall confer social rights - or, better said, fundamental rights in matters of austerity - at least the same effectiveness and the same scope of application with respect to the Member States than those already recognized to the rest of fundamental rights and in matters not related to austerity. Concerning the



effectiveness and praxis of the proportionality test, the line followed by the CJEU in the *Schmidberger* judgment could be extended<sup>36</sup>. As regards the application of the CFR to the Member States, the criterion set out in the *Åkerberg Fransson*<sup>37</sup> judgment is useful to review the internal austerity measures adopted to fulfil the conditionality linked to bailout programmes.

## 4 Epilogue

Conceived as an imminent and unexpected threat to the stability of the EU and the euro zone as whole, the response to the financial crisis was largely inspired in classic theories about the emergency powers<sup>38</sup>: in such a situation, the constitution and the ordinary system of government must be suspended in order to do whatever deemed necessary to preserve the very existence of the institutions. However, in a democratic order, those emergency periods shall be temporary. In fact, there lies the difference with fascist regimes in which the emergency powers have a permanent and normal nature<sup>39</sup>. Once the emergency powers are activated, judges have little or nothing to do. By definition, if emergency is a space beyond or outside the law, a black hole as defined by DYZENHAUS, not only the law but also the rule of law is suspended.

And this is not only a theoretical finding: history shows that judges never reached to prevent or put an end to emergency periods, or even mitigate their worst consequences. Expecting that the CJEU could have played a different role, opposing fundamental rights and values against austerity measures adopted in times of emergency, would be an exercise of naivety. After all, the CJEU is composed by judges and, in addition, it has always acted as a driving force of the European integration process with a clear pro-market bias. In sum, acting the way it did was a matter of instinct.

But once the crisis is over – and along with it also the emergency powers –

36 C-112/00, *Schmidberger* [2003], ECLI:EU:C:2003:333. In this ruling, after a deep proportionality test including the assessment of several alternatives (prohibition, authorisation with stricter restrictions, etc.) the CJEU concluded, applying the freedom of expression and the freedom of assembly guaranteed both in the ECHR and the Austrian Constitution, that the authorisation of a demonstration that produced the complete closing of the Brenner motorway – a major trade route between Austria and the North of Italy, does not constitute an unlawful restriction of EU basic freedom of movement of goods.

37 C-617/10, *Åkerberg Fransson* [2013], ECLI:EU:C:2013:105. As known, this ruling gives a wide interpretation of “scope of EU Law” in order to apply the CFR to Member States. In this sense, internal norms and acts imposing tax penalties and criminal proceedings for tax evasion concerning VAT shall be considered as falling within the scope of EU Law since this tax is ruled by European Directives.

38 A critical and complete presentation of those theories in DYZENHAUS, 2006:35.

39 DYZENHAUS, 2006:36, quoting ROSSITER.



the new ordinary times cannot be managed as before<sup>40</sup>. Austerity issues deserve, at least, an equal treatment than the one delivered by the CJEU to other matters as, for instance, competition. As I tried to demonstrate above, this would represent a great progress in the attempt to submit austerity – and, more generally, the economic and financial governance – to an effective judicial review.

In fact, it was the CJEU itself who, in some rare judgments, shows how once the emergency is over, the extraordinary measures can be annulled. This was the case in *Kadi*<sup>41</sup>, concerning the emergency raised after 09/11, when the CJEU upheld an action for annulment addressed against a Council Regulation for non-respect of the principle and fundamental right to an effective judicial protection and also the property right.

However, nothing will ever be the same after the crisis. First, because many of the measures adopted – especially the “structural reforms” in fields like labor relations or public spending – have a permanent nature. And, second, because even the temporary ones delivered lasting effects which have not, to date, been effectively reversed.

Even though, this coming back to pre-crisis times involves the return to a case-law with little prospects to recognize social rights and values as effective limits to expansive single market basic freedoms. In this sense, priority given to market over social concerns is a permanent trend on the CJEU doctrine. Confronted with competition rules and the basic single market freedoms, social rights and values are conceived as potential restrictions whose validity needs to be assessed, case by case, through proportionality test. Just before the crisis, *Viking*, *Laval* and other subsequent judgments demonstrate the threat that this presumption of unlawfulness and the way in which proportionality is applied to them poses to social rights (GARBER, 2018). At least, as seen above, the austerity case-law has refined the proportionality test providing it an express positive basis within the ECFR itself, which is its article 52.

## Bibliography

AYMERICH CANO, C., “El control constitucional de las políticas de austeridad en Portugal y España”, *REDA* n.º 170, 2015

DAVIES, A.C.L., “How has the Court of Justice changed its management and approach towards the social acquis?”, *European Constitutional Law Review*, 14: 2018

DERMINE, P., “The End of Impunity? The Legal Duties of ‘Borrowed’ EU Institutions under the European Stability Mechanism Framework”, *European Constitutional Law*

40 Even if it is not the point of view of the EU leaders, as Olli Rehn, former Commissioner for Economic and Financial Affairs stated before the European Parliament in 2014: “... once the emergency is over, the reform process is continued under the normal procedures of economic governance”, *is it say, the European Semester* (KILPATRICK, 2015).

41 Cases C-402/05 P and C-415/05 P [2008], ECLI:EU:C:2008:461.



*Review*, 13, 2017.

DONAIRE VILLA, F.J., “El Tribunal de Justicia y la tutela de los derechos en la Unión Económica y Monetaria europea”, *Revista Vasca de Administración Pública* 110-II, 2018

DYZENHAUS, D., *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006.

GARBEN, S., The Constitutional (Im)balance between ‘the Market’ and ‘the Social’ in the European Union, *European Constitutional Law Review*, 13-2017.

GHAILANI, D., *Violations of fundamental rights: collateral damage of the Eurozone crisis?*, OSE Research Paper, 2016 ([www.ose.be](http://www.ose.be)).

HINAREJOS, A., *The Euro Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford University Press, 2015

JOERGES, C., *Pereat iustitia, fiat mundus: What is left of the European Economic Constitution after the OMT litigation?*, Zentra Working Papers in Transnational Studies, nº 60/2015 ([www.zen-tra.de](http://www.zen-tra.de)).

KILPATRICK, C. and DE WITTE, B., *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights’ Challenges*, EUI Working Papers LAW 2014/05 ([www.eui.eu](http://www.eui.eu)).

KILPATRICK, C., “On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe’s Bailouts”, *Oxford Journal of Legal Studies*, (2015).

KILPATRICK, C., *The EU and its sovereign debt programmes: The challenges of liminal legality*, EUI Working Papers LAW 2017\14 ([www.eui.eu](http://www.eui.eu)).

KOUKIADAKI, A., *Can the Austerity Measures be Challenged in Supranational Courts? The cases of Greece and Portugal*, ETUC-University of Manchester, 2014 (<https://www.etuc.org/en/publication/can-austerity-measures-be-challenged-supranational-courts-cases-greece-and-portugal>).

MENDES, J., “Bounded Discretion in EU Law: A Limited Judicial Paradigm in a Changing EU”, *The Modern Law Review*, 2017, 80(3)

PYE, R., “The European Union and the absence of fundamental rights in the Eurozone: A critical perspective”, *European Journal of International Relations*, 2018, Vol. 24(3)

SILVEIRA, A., FROUFE, P., PEREZ, S. and ABREU, J., “União de direito para além do direito da União – as garantias de independência judicial no acórdão Associação Sindical dos Juizes Portugueses”, *Julgar*, maio 2018, (<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/54936>).



# O DIGITALISMO É UMA FORMA DE HUMANISMO – O CONTRIBUTO DA UNIÃO EUROPEIA NA FORMATAÇÃO DO HUMANISMO DIGITAL COMO PARADIGMA DE VIDA EM SOCIEDADE DO SÉCULO XXI

Sophie Perez Fernandes<sup>1</sup>

## 1 Incursão filosófica inicial

No dia 29 de outubro de 1945, em Paris, Jean-Paul Sartre proferiu a conferência que, publicada no ano seguinte em livro, virá a ser a sua obra filosófica mais lida: *O existencialismo é um humanismo*.<sup>2</sup> O mais famoso dos filósofos existencialistas, assim como o ilustre leitor, nos perdoarão a incursão filosófica que inspira o presente contributo. O existencialismo é um movimento filosófico dos séculos XIX e XX que exerceu influência em várias áreas que não apenas a filosofia. As duas grandes concepções do existencialismo (cristão / ateu) que se desenvolveram partilham, contudo, a afirmação, em relação ao ser humano, de que *a existência precede a essência*. O ponto de partida para o presente contributo será, pois, esta concepção existencialista do ser humano – e o sentido de responsabilidade que lhe está ínsito.

Segundo a lição existencialista, ao contrário dos objetos – que o ser humano concebe (essência) antes de produzir (existência) –, o ser humano vem ao mundo como tábua rasa tendo apenas a sua existência – o ser humano primeiro existe e só depois é. Ora, o ser humano é aquilo que escolhe ser e, assim, define ele próprio a sua essência. Ao rejeitar a existência de um qualquer plano preexistente ao qual o ser humano tenha de se conformar, Sartre valoriza a escolha humana e, principalmente, a liberdade da escolha humana em termos quase paradoxais – não só o ser humano é livre, mas *está condenado a ser livre* – e em termos que ressoam para qualquer jurista – o ser humano *não tem outro legislador que si próprio*.

A primeira lição do existencialismo sartriano é, pois, a da subjetividade – o ser humano começa por ser aquilo que projeta ser. Longe, contudo, de apresentar-se como filosofia do quietismo, o existencialismo sartriano é uma doutrina de ação: *o ser humano é o que faz* e o artista é apreciado pelas suas obras. Se a existência precede a essência e se o ser humano se define pelas suas escolhas livremente feitas, tornadas ação, o ser humano é *responsável pelo que faz* e, assim, pela pessoa que é, pela pessoa na qual se torna. Por outras palavras, se não somos responsáveis pela nossa existência, somos responsáveis pela nossa essência, por sermos quem

1 Referendária do Tribunal de Justiça da União Europeia. As opiniões expressas neste contributo são da exclusiva responsabilidade da Autora e não da instituição à qual pertence. O presente contributo associa-se ao Projeto Jean Monnet *INTEROP - EU Digital Single Market as a political calling: interoperability as the way forward*.

2 Jean-Paul Sartre, *L'existentialisme est un humanisme* (Gallimard, 1996).





somos. É este o sentido da subjetividade existencialista sartriana: o ser humano não pode emancipar-se da sua condição humana de ser livre e, em consequência, é responsável por si mesmo.

Mas o postulado existencialista de que a existência precede a essência acarreta uma segunda consequência. Se a subjetividade do indivíduo é, de facto, o ponto de partida, esta não implica individualismo – pois é na intersubjetividade que o ser humano decide quem é. Por isso, quando o ser humano se escolhe (livremente) a si mesmo, escolhe também o ser humano tal como julga que ele deve ser. Por mais individual que seja, todo o projeto tem valor universal: quando o ser humano se escolhe a si mesmo, a sua escolha tem para ele o valor de bem – e o que tem valor de bem não o tem apenas para mim, mas para todos. Em consequência, quando o ser humano se escolhe (livremente) a si mesmo, ele não é apenas responsável por si mesmo, mas é responsável por todos. O existencialismo sartriano tem implícita uma moral e, mesmo, uma dimensão normativa: o ser humano não pode deixar de escolher a humanidade que deseja e, por isso, ele é responsável por toda a humanidade que escolheu. Nas palavras de Sartre, *a responsabilidade do ser humano compromete toda a humanidade* e, ao escolher (livremente) quem é, o ser humano torna-se *legislador que decide por toda a humanidade* – o que explica a angústia existencial resultante da inelutável condição humana de ser livre.

A conceção existencialista do ser humano – *a existência precede a essência* – vem acompanhada de uma visão do mundo técnico assente no pressuposto contrário de que a conceção precede a produção, ou seja, em relação às coisas, *a essência precede a existência*. Os objetos de fabrico humano são, primeiramente, concebidos para servir um fim definido antes de serem produzidos seguindo determinado método. Sem aqui nos aventurarmos na definição daquilo que o ser humano é, é evidente concluir que, entre os seus muitos predicados, o ser humano é um ser criador e, em particular, um ser técnico – o ser humano cria e cria, entre outras coisas, objetos.

De entre as muitas criações humanas da era hodierna, as tecnologias digitais assumem autoevidente protagonismo. O ser humano, enquanto ser técnico, define-se hoje cada vez mais em razão das tecnologias digitais que cria hoje e que deixará para o futuro e, principalmente, em razão do uso que faz e que projeta fazer dessas tecnologias digitais – ou seja, em razão da essência que define às tecnologias digitais cuja existência decidiu. O propósito desta incursão filosófica inicial era o de por em destaque a medida (total/universal) da responsabilidade humana pelas tecnologias digitais, sem, contudo, enveredar por um discurso aflitivo – pois, da mesma forma que o existencialismo sartriano é uma forma de otimismo, o rumo traçado para encarar o uso das tecnologias digitais nos mundos de hoje e de amanhã, e a responsabilidade humana que lhe é inerente, está marcado, como se verá, não por um sentido de angústia, mas de confiança.



O principal objetivo da referida conferência de 1945 era o de demonstrar que o existencialismo tal como concebido por Sartre era uma forma de humanismo, que o centro da sua construção filosófica existencialista era o ser humano. Se nos é permitido lançar mão da analogia, hoje a prioridade da União Europeia no enquadramento que é dado ao recurso às tecnologias digitais, tanto para tirar proveito das múltiplas e diversas vantagens que proporcionam, como para dar resposta aos riscos que geram, é a de garantir que o ser humano se encontre no centro da abordagem seguida – *garantir que o digitalismo seja uma forma de humanismo*. Para o demonstrar, iremos ter por base alguns documentos emanados da Comissão Europeia, não só guardiã da ordem jurídica da União, mas artífice da ação da União no domínio digital.<sup>3</sup>

## 2 Apreciação documental intermédia

O primeiro documento considerado será aquele que despoletou em 2015 a construção do Mercado Único Digital. Da mesma forma que uma leitura precipitada da *Declaração Schuman* reduz o ambicioso plano aí delineado a um projeto de natureza meramente económica, assim também uma leitura precipitada da “Estratégia para o Mercado Único Digital”<sup>4</sup> reduz a construção do Mercado Único Digital a um projeto de ambição meramente económica. Com efeito, o documento define o Mercado Único Digital como “um mercado em que é assegurada a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais e em que os cidadãos e as empresas podem beneficiar de um acesso sem descontinuidades a atividades em linha e desenvolver essas atividades em condições de concorrência leal e com um elevado nível de proteção dos consumidores e dos seus dados pessoais, independentemente da sua nacionalidade ou local de residência.”<sup>5</sup> Mas, na verdade, o que está em causa é permitir aos cidadãos, às empresas, e aos serviços públicos, aproveitar as oportunidades que a digitalização da economia e da sociedade tem para oferecer, assim como enfrentar os desafios que coloca, tendo em vista a criação de uma sociedade digital inclusiva que beneficie da era digital.<sup>6</sup>

3 Os antecedentes imediatos da *Estratégia para o Mercado Único Digital*, lançada por comunicação da Comissão que será objeto de análise *infra* no texto, encontram-se na *Estratégia Europa 2020*, e, em particular, numa das suas sete iniciativas emblemáticas, a *Agenda Digital Europeia*, iniciativa que tem por objetivo retirar benefícios económicos e sociais sustentáveis do mercado único digital – cfr. Comissão Europeia, Comunicação “EUROPA 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, COM(2010) 2020 final, Bruxelas, 03.03.2010; e Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Uma Agenda Digital para a Europa”, COM(2010) 245 final, Bruxelas, 19.05.2010.

4 Cfr. Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa”, COM(2015) 192 final, Bruxelas, 06.05.2015; acompanhada pelo Documento de Trabalho “A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence”, SWD(2015) 100 final, Bruxelas, 06.05.2015.

5 Comissão Europeia, “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa”, 3.

6 Cfr. Comissão Europeia, “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa”, 22.



Ainda que a via escolhida aparente indicar uma viragem de paradigma para o digital circunscrita ao mercado interno, nele se perfila um propósito mais ambicioso e profundo – o da formatação digital da vida socioeconómica, mas também político-democrática dos organismos públicos e dos agentes privados enredados no processo de integração europeia. Não é um método estranho ao processo de integração europeia, geneticamente formatado para a instrumentalização da integração económica para fins de integração eminentemente política.<sup>7</sup> De resto, esta agenda político-constitucional<sup>8</sup> ínsita à realização do Mercado Único Digital torna-se autoevidente considerando o seu potencial para um “processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa” no sentido do artigo 1.º TUE: as tecnologias de informação e comunicação, não só facilitam as trocas económicas, mas também intensificam as trocas sociais, especialmente o acesso e a troca de informações além-fronteiras, tendo um papel importante a desempenhar na construção de uma comunidade política europeia.<sup>9</sup>

A realização do Mercado Único Digital assenta, pois, na incontornável realidade da era digital e, por isso, é assumida como uma necessidade a ser gerida horizontalmente.<sup>10</sup> Mas, mesmo assumindo a digitalização da economia e da sociedade como dado adquirido – a era digital não está para vir, mas tem já significativamente moldado a economia e a vida quotidiana nas últimas décadas num processo que continuará no futuro – e como fenómeno dinâmico – pois as tecnologias da informação e das comunicações que a suportam encontram-se em constante evolução, sendo que há que acompanhar o ritmo<sup>11</sup> –, nem por isso a União Europeia apreende o fenómeno como realidade intangível, antes procura abraçar e promover a era digital.<sup>12</sup> Nesse sentido, reiteramos a asserção feita em outro lugar pela qual, com a realização do Mercado Único Digital, a União procura afirmar-se como agente

7 A referência é incontornável – cfr. Jean Monnet, *Mémoires* (Paris: Fayard, 1976), 349-350.

8 Para mais desenvolvimentos, Joana Abreu, “O Mercado Único Digital e o seu desígnio político-constitucional: o impacto da Agenda Eletrónica Europeia nas soluções de interoperabilidade”, *UNIO - EU Law Journal* 3(1) (2017), 130-150 [disponível em <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt> (26/04/2019)].

9 A respeito, cfr. Comissão Europeia, Relatório de 2017 sobre a Cidadania da UE “Reforçar os direitos dos cidadãos numa União da mudança democrática” (Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2017), 17-21 [disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-118\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-118_pt.htm) (26/04/2019)]; e Parlamento Europeu, Resolução sobre a aplicação das disposições do Tratado relativas à cidadania da União, de 12 de fevereiro de 2019 [(2018/2111 (INI), disponível em [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0076\\_PT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0076_PT.pdf)) (26/04/2019)], pontos 25 e 47.

10 Cfr. Comissão Europeia, “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa”, 3.

11 Cfr. Comissão Europeia, “A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence”, 4.

12 É esta a abordagem que transparece dos documentos institucionais que sustentam a realização do Mercado Único Digital, incluindo o da sua revisão intercalar – cfr. Comissão Europeia, Comunicação sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital, “Um Mercado Único Digital conectado para todos”, COM(2017) 228 final, Bruxelas, 10.05.2017, 24.



ativo da *metamorfose digital*, se não do mundo, pelo menos da sociedade europeia.<sup>13</sup>

A asserção resulta de uma (tentativa de) leitura da realização do Mercado Único Digital enquanto prioridade-chave da agenda política europeia à luz da teoria da metamorfose do mundo formulada por Ulrich Beck no seu último trabalho.<sup>14</sup> A teoria da metamorfose do mundo procura explorar o potencial emancipatório (socialmente transformativo) do risco, concebido enquanto antecipação da catástrofe, em razão dos seus efeitos secundários positivos escondidos. A tese defendida é a de que, ainda que «na sombra do silêncio», os riscos globais, em particular as alterações climáticas (risco climático),<sup>15</sup> mas também a digitalização da sociedade (risco digital), não só desafiam o modo de estar no mundo, o modo de pensar sobre o mundo e o modo de imaginar e praticar a política e o direito a que o Estado-Nação, produto da (primeira) modernidade, nos habituou, mas também, e por isso mesmo, proporcionam novas oportunidades para a ação política (efeitos secundários positivos escondidos) – o que Ulrich Beck designa de *catastrofismo emancipatório*. Em termos gerais, no plano político, a metamorfose do mundo traduz-se numa Viragem Coperniciana 2.0 que atinge o Estado-Nação e que marca a transição do *nacionalismo metodológico* próprio deste para um *cosmopolitismo metodológico* emergente no século XXI: “a Viragem Coperniciana 2.0 significa que o imperativo de conceber e de afirmar a nação como a estrela fixa em torno da qual o mundo gira está a ser suplantado pelo imperativo de pensar o ‘mundo’ e a ‘humanidade’ como estrelas fixas em torno das quais giram as nações”.<sup>16</sup> Uma ideia que não deixa de ressoar aquele *magnífico sonho de inteligência* esperançado por Victor Hugo no século XIX – *ter por pátria o mundo e por nação a humanidade*.<sup>17</sup>

Esta *consciencialização da humanidade* encontra eco no quadro da metamorfose digital da sociedade teorizada por Ulrich Beck, ou na “modernidade digitalizada tornada em ADN social”<sup>18</sup>: o efeito secundário positivo escondido, emancipatório ou catártico do risco digital global traduz-se na “expectativa do humanismo digital”.<sup>19</sup> Ora, os mais recentes documentos emanados pela Comissão Europeia no domínio digital

13 Cfr. o nosso “O Mercado Único Digital como catalisador de uma metamorfose digital da administração pública na União Europeia”, in *Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas*, coord. Maria Miguel Carvalho et al. (Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019), 53-76 [disponível em <http://hdl.handle.net/1822/59081> (26.04.2019)].

14 Ulrich Beck, *A metamorfose do mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade* (Lisboa: Edições 70, 2017).

15 A propósito, cfr. o nosso “Do que o jurídico faz para a proteção do ambiente ao que a proteção do ambiente faz para o jurídico – considerações em clima de metamorfose no quadro jurídico europeu”, *e-Pública* 4(3) (2018), 117-143 [disponível em <http://hdl.handle.net/1822/54832> (26.04.2019)].

16 Beck, *A metamorfose do mundo*, 31.

17 Victor Hugo, *Les Brugraves* (Préface) (1843).

18 Beck, *A metamorfose do mundo*, 232.

19 Beck, *A metamorfose do mundo*, 185.



assentam precisamente numa “abordagem centrada no ser humano”, confirmando, na esteira da teoria da metamorfose do mundo esboçada por Ulrich Beck, que a abordagem seguida pela União Europeia, enquanto agente da metamorfose digital da sociedade europeia, encaminha-se no sentido de dar concretização à expectativa do humanismo digital. Com efeito, em abril de 2019, a Comissão Europeia publicou a sua Comunicação “Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano”, a qual acompanha um conjunto das “Orientações Éticas para uma Inteligência Artificial de Confiança”.

Enquanto domínio estratégico para a realização do Mercado Único Digital,<sup>20</sup> a adoção de uma abordagem comum no domínio da inteligência artificial surge como uma evidência. Na sua Comunicação “Inteligência artificial para a Europa”,<sup>21</sup> a qual seguiu de perto a “Declaração de Cooperação em matéria de Inteligência Artificial”<sup>22</sup> e anunciava a adoção do “Plano Coordenado no domínio da Inteligência Artificial”, que viria a ser publicado em dezembro de 2018,<sup>23</sup> a Comissão propõe precisamente a adoção de uma *abordagem europeia no domínio da inteligência artificial*. Esta abordagem assenta em três pilares: *i) reforçar a capacidade industrial e tecnológica da União e a adoção da inteligência artificial na economia, tanto no setor público, como no setor privado, assente numa lógica do laboratório para o mercado;*<sup>24</sup> *ii) preparar a União para as mudanças socioeconómicas decorrentes da inteligência artificial, no sentido de não deixar ninguém para trás;*<sup>25</sup> e *iii) garantir um quadro ético e jurídico adequado, baseado nos valores da União e em consonância com a CDFUE,*<sup>26</sup> a fim

20 Nesse sentido, cfr. Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “O mercado único num mundo em mutação. Um trunfo único que requer maior empenho político”, COM(2018) 772 final, Bruxelas, 22.11.2018.

21 Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Inteligência artificial para a Europa”, COM(2018) 237 final, Bruxelas, 25.04.2018.

22 A declaração foi assinada por ocasião da Jornada Digital de 10 de abril de 2018 [disponível em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eu-member-states-sign-cooperate-artificial-intelligence> (26.04.2019)].

23 O plano tem por objetivo fomentar a cooperação transfronteiriça e mobilizar todos os intervenientes para o aumento dos investimentos públicos e privados para, pelo menos, 20 mil milhões de euros anuais, durante a próxima década – cfr. Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Um plano coordenado no domínio da inteligência artificial”, COM(2018) 795 final, Bruxelas, 07.12.2018.

24 Cfr. Comissão Europeia, “Inteligência artificial para a Europa”, 8.

25 Cfr. Comissão Europeia, “Inteligência artificial para a Europa”, 13.

26 A CDFUE tem desempenhado um papel crucial na jurisprudência do Tribunal de Justiça no domínio digital, fornecendo o quadro jurídico que delimita a fronteira entre um “Estado de vigilância” que mina a confiança das pessoas e um “Estado de segurança” tolerável numa sociedade democrática. De tal é especialmente ilustrativa a mais recente jurisprudência no domínio da proteção de dados – cfr. acórdãos TJ de 8 de abril de 2014, *Digital Rights*, Processos apensos C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238; de 21 de dezembro de 2016, *Tele2*, Processos apensos C-203/15 e C-698/15,





de “gerar um clima de confiança e responsabilidade em torno do desenvolvimento e da utilização da [inteligência artificial]”.<sup>27</sup> A abordagem europeia no domínio da inteligência artificial descrita pela Comissão não só salienta a necessidade de conjugar esforços a nível da União, numa abordagem coordenada a fim de tirar o máximo partido das oportunidades oferecidas pela inteligência artificial e fazer face aos novos desafios que esta acarreta, mas fá-lo também a fim de assegurar que os cidadãos participem enquanto agentes ativos da transformação digital em curso para “[j]untos, (...) colocar o poder da [inteligência artificial] ao serviço do progresso humano”.<sup>28</sup>

A abordagem europeia no domínio da inteligência artificial é, pois, uma *abordagem centrada no ser humano*. Esta *abordagem humanista* não é senão reforçada na Comunicação “Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano”<sup>29</sup> a qual tem por objetivo lançar uma fase-piloto<sup>30</sup> destinada a obter reações de um vasto leque de partes interessadas a respeito da lista de avaliação elaborada pelo Grupo de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial para assegurar o desenvolvimento e a aplicação prática das “Orientações Éticas para uma Inteligência Artificial de Confiança”, orientações delineadas pelo mesmo Grupo. Criado pela Comissão na sequência da publicação da sua Comunicação “Inteligência artificial para a Europa”, o referido Grupo, constituído por 52 peritos independentes que representam o mundo académico, das empresas e da sociedade civil, ficou encarregado de apresentar, até dezembro de 2018, um projeto de orientações éticas para o desenvolvimento e a utilização ética da inteligência artificial. O projeto foi preparado por meio de várias reuniões realizadas desde junho de 2018 e tem em consideração as discussões havidas no quadro da Aliança Europeia da Inteligência Artificial.<sup>31</sup> Após um período de consulta pública,<sup>32</sup> a versão definitiva foi publicada em



---

EU:C:2016:970; e de 2 de outubro de 2018, *Ministerio Fiscal*, Processo C-207/16, EU:C:2018:788 –, jurisprudência que conhecerá proximamente novos desdobramentos – cfr. Processo C-623/17, *Privacy International*; Processos apensos C-511/18 e C-512/18, *La Quadrature du Net e o.*; e Processo C-520/18, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e o.*

27 Comissão Europeia, “Inteligência artificial para a Europa”, 18.

28 Comissão Europeia, “Inteligência artificial para a Europa”, 21.

29 Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano”, COM(2019) 168 final, Bruxelas, 08.04.2019.

30 Comissão Europeia, “Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano”, 7-8.

31 Cfr. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-ai-alliance>.

32 Cfr. Comissão Europeia / Grupo de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial, “Draft – Ethics Guidelines for Trustworthy AI (Working Document for stakeholders’ consultation”, Bruxelas, 18.12.2018 [disponível em [https://ec.europa.eu/knowledge4policy/node/33447\\_pt](https://ec.europa.eu/knowledge4policy/node/33447_pt) (26.04.2019)].

abril de 2019.<sup>33,34</sup>

As “Orientações Éticas para uma Inteligência Artificial de Confiança” assentam numa *abordagem centrada no ser humano*, tendo em mente que o desenvolvimento e a utilização da inteligência artificial não são um fim em si mesmo, mas têm por objetivo aumentar o bem-estar humano e a liberdade, e elegem a *inteligência artificial de confiança* como ambição fundamental, pois só é possível tirar plenamente partido dos benefícios da inteligência artificial se se confiar na tecnologia.<sup>35</sup> O documento em referência identifica três componentes para uma inteligência artificial de confiança: *i) legalidade* (respeito pelo quadro jurídico aplicável, nomeadamente aquele resultante do direito da União); *ii) ética* (adesão a valores e princípios éticos, baseados nos direitos fundamentais); *iii) e robustez* (tanto numa perspetiva técnica como social, assegurando a segurança, a fiabilidade e a resiliência dos sistemas de inteligência artificial). Cada uma dessas componentes são necessárias, embora não suficientes em si mesmas, para assegurar uma inteligência artificial digna de confiança; complementando-se mutuamente, devem ser respeitadas em conjunto, de forma interdependente e harmonizada, durante todo o ciclo de vida dos sistemas de inteligência artificial.<sup>36</sup>

Enveredando por uma abordagem virada para a prática, as “Orientações Éticas para uma Inteligência Artificial de Confiança” encontram-se estruturadas em torno de três níveis de abstração. Começando por um nível mais elevado de abstração, o documento em referência dedica-se aos valores, princípios e direitos fundamentais que enformam uma inteligência artificial de confiança, com destaque para os valores e objetivos enunciados nos artigos 2.º e 3.º TUE e nos direitos fundamentais tal como protegidos na CDFUE; isto, para além de identificar outros princípios éticos,

33 Cfr. Comissão Europeia / Grupo de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial, “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”, Bruxelas, 08.04.2019 [disponível em <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation> (26.04.2019)]. O documento não estando disponível em língua portuguesa, o título foi traduzido de forma livre no texto.

34 O documento em referência é longe de ser pioneiro ou de ser um caso isolado. Cfr. por exemplo, Future of Life Institute, *Asilomar AI Principles*, 2017 [disponíveis em <https://futureoflife.org/ai-principles/> (26.04.2019)]; Universidade de Montreal, *Montréal Declaration for Responsible Development of Artificial Intelligence*, 2018 [disponível em <https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/> (26.04.2019)]; UNI Global Union, *Top Ten Principles for Ethical AI* [disponível em <http://www.thefutureworldofwork.org/opinions/10-principles-for-ethical-ai/> (26.04.2019)]; ZEIT-Foundation, *Charter of Digital Fundamental Rights of the European Union*, 2018 [disponível em <https://digitalcharta.eu/> (26.04.2019)]; e, Conselho da Europa / Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ), *European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems*, 2018 [disponível em <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (26.04.2019)]. No mundo académico, cfr. Luciano Floridi *et al.*, “AI4People - An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations”, *Minds and Machines* 28(4) (2018), 689-707 [disponível em <https://ssrn.com/abstract=3284141> (26.04.2019)].

35 Cfr. Comissão Europeia, “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”, 4.

36 Cfr. Comissão Europeia, “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”, 5-7.



com destaque para os princípios do respeito pela autonomia do ser humano, da prevenção de danos, da justiça e da explicabilidade.<sup>37</sup> Em seguida, passando para um nível de abstração intermédio, o documento integra uma lista de sete requisitos essenciais para assegurar uma inteligência artificial de confiança e identifica ainda os métodos, técnicos e não técnicos, disponíveis para assegurar, desde a sua conceção, o desenvolvimento e a implementação de uma inteligência artificial respeitadora daqueles requisitos.<sup>38</sup> Em particular, os referidos requisitos são os seguintes: *i*) iniciativa e controlo por seres humanos, assegurando o respeito pela autonomia humana e pelos direitos fundamentais; *ii*) robustez e segurança, incluindo fiabilidade e resiliência face a ataques; *iii*) privacidade e governação, incluindo proteção, qualidade e integridade dos dados enquanto matéria-prima dos sistemas de inteligência artificial; *iv*) transparência, assegurando a rastreabilidade dos sistemas de inteligência artificial, especialmente dos processos de tomada de decisões algorítmicas; *v*) diversidade, não discriminação e equidade, evitando a exploração intencional de preconceitos e a inclusão inadvertida de modelos tendenciosos desde o início do desenvolvimento dos sistemas; *vi*) bem-estar societal e ambiental, considerando o impacto dos sistemas de inteligência artificial sobre toda a sociedade, bem como sobre o ambiente e outros seres sencientes, incentivando a sustentabilidade e a responsabilidade ecológica dos sistemas; e *vii*) responsabilização, através da criação de mecanismos para assegurar a avaliação e a responsabilização dos sistemas de inteligência artificial. Finalmente, num nível mais concreto, o documento em análise apresenta uma lista de avaliação pormenorizada, embora não exaustiva, tendente a operacionalizar estes requisitos e, assim, avaliar o desenvolvimento, a implementação e a utilização de uma inteligência artificial de confiança<sup>39</sup> – lista que as partes interessadas são convidadas a testar durante a fase-piloto mencionada *supra*.

### 3 Reflexão convidativa “final”

A amostragem documental *supra* permite-nos concluir que, face à transformação (ou metamorfose) digital em curso, com vocação de continuidade, a abordagem da União no domínio digital, em geral, e no domínio da inteligência artificial, em particular, procura dar resposta à questão “*em que mundo/sociedade queremos viver?*” com base numa abordagem humanista assente na fundamental diferença entre, por um lado, o que se pode fazer com as tecnologias digitais e, por outro, o que se deve e o que não se deve fazer com essas mesmas tecnologias. Aqui se reencontra a lição sartriana: a União procura fazer do digitalismo uma forma de humanismo ao traçar um objetivo ético – o bem-estar humano (mas também social e ambiental) e a

37 Cfr. Comissão Europeia, “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”, 9-14.

38 Cfr. Comissão Europeia, “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”, 14-24.

39 Cfr. Comissão Europeia, “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”, 24-31.



autonomia/liberdade humana – à concepção, ao desenvolvimento e à implementação das tecnologias digitais – ou, por outras palavras, ao definir uma essência humanista às tecnologias digitais cuja existência procura enquadrar.

Da amostragem documental *supra*, a União emerge empenhada na promoção do *humanismo digital como padrão de vida em sociedade no século XXI*. A expressão *humanismo digital* não é nova, tendo sido desenvolvida no mundo académico para cunhar a preocupação de colocar a humanidade, em todas as suas facetas, no centro da era digital emergente. Já releva hoje mais do dado adquirido do que do facto a demonstrar que as tecnologias digitais não são mero instrumento de vida em sociedade, mas sim representam uma nova forma de vida em sociedade – sendo possível argumentar que, na sua dimensão global, proporcionam a emergência de um novo contexto cultural.<sup>40</sup> Ciente do potencial socialmente transformativo das tecnologias digitais, das oportunidades que proporcionam e dos riscos que geram, a União tem procurado dar resposta ao desafio através da criação de uma “marca” distintiva europeia baseada na confiança na utilização das tecnologias digitais e, em especial, de sistemas de inteligência artificial, uma confiança construída com base na noção de que o ser humano se encontra no centro da transformação (metamorfose) digital em curso.

Em bom rigor, contudo, o humanismo digital que enforma a abordagem da União no domínio digital, em geral, e no domínio da inteligência artificial, em particular, não é uma nova fórmula emergente da e formatada à era digital, nem fórmula nostálgica agarrada a um passado que se procura acertar à era digital. Parece, sim, ir ao encontro da noção de humanismo digital avançada por Milad Doueihi<sup>41</sup> no sentido em que corresponde a uma situação de facto resultante da convergência entre, por um lado, o “património humanista da Europa”<sup>42</sup> e, por outro, o digital progressivamente convertido em ADN social.<sup>43</sup> Assim, o humanismo digital que enforma a abordagem da União aqui (brevemente) retratada pouco terá de inesperado, mas dele muito se espera na formatação da vida sociocultural no século XXI, tendo o guião sido divulgado sob a forma de orientações éticas e requisitos para pôr em prática uma inteligência artificial centrada no ser humano e baseada na confiança.

Se o século XXI irá confrontar a humanidade com os maiores desafios que já encontrou, a ideia é colocar as tecnologias digitais ao serviço da humanidade para enfrentar esses desafios – *(self-)betterment through technology*. Nesse sentido, a União incentiva a utilização das tecnologias digitais e, em particular, de sistemas de inteligência artificial para fazer face aos maiores desafios que o século

40 Neste sentido, Milad Doueihi, *Pour un humanisme numérique* (Paris: Seuil, 2011).

41 Cfr. Doueihi, *Pour un humanisme numérique*, 9.

42 Retomando a expressão vertida no considerando 2 do TUE.

43 Nesse sentido, Beck, *A metamorfose do mundo*, 232.



XXI nos reserva: do tratamento e/ou da erradicação de doenças à luta contra as alterações climáticas e à prevenção de catástrofes naturais, passando pela melhoria da segurança dos transportes, pelo combate à criminalidade e pela prevenção de ameaças à cibersegurança. Colocando o recurso à inteligência artificial ao serviço desses desafios<sup>44</sup> e sendo a abordagem da União no domínio digital centrada no ser humano, o humanismo digital que enforma a abordagem da União aqui em destaque encontra-se em sintonia com outro paradigma do século XXI – o da sustentabilidade<sup>45</sup> enquanto fórmula sinérgica da complexidade das dinâmicas económicas, sociais e ambientais que interagem num processo de desenvolvimento com capacidade de futuro.<sup>46</sup>

Tendo por base a amostragem documental *supra*, parece, pois, desenhar-se uma noção de sustentabilidade como tendente a orientar o caminho para um crescimento económico socialmente inclusivo, ambientalmente sustentável e tecnológica/digitalmente ético. Não é por acaso que, empenhada na promoção do humanismo digital como padrão de vida em sociedade no século XXI, a União não o faz apenas à escala europeia, mas sim com vocação de projeção global, sendo vontade expressa da União a de assumir um papel de liderança no debate internacional no domínio da inteligência artificial centrada no ser humano<sup>47</sup> e de apresentar o seu quadro normativo como “norma mundial de uma [inteligência artificial] centrada no ser humano”.<sup>48</sup> Mais uma vez buscando inspiração em Sartre: ao eleger o humanismo digital como padrão de vida da sociedade europeia para o século XXI, a União emerge como legisladora da humanidade... *to be continued*...



44 Cfr., nesse sentido, Comissão Europeia, “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”, 32.

45 Cfr. Assembleia das Nações Unidas, Resolução “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”, A/RES/70/1, 25.09.2015 [disponível em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E) (26.04.2019)].

46 A propósito, cfr. o nosso “O desafio do desenvolvimento sustentável - a implementação do Acordo de Paris na União Europeia, palco de ensaio de um modelo (*glocal*) de governação sustentável”, in *E-book - Workshop Desafios do Direito no Século XXI* (Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019) (no prelo).

47 Cfr. Comissão Europeia, “Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano”, 9. Nas suas conclusões de 18 de fevereiro de 2019, o Conselho registou, entre outros, a publicação das orientações éticas para uma inteligência artificial de confiança e manifestou o seu apoio aos esforços da Comissão para introduzir uma abordagem ética da União na cena mundial – cfr. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6177-2019-INIT/pt/pdf>.

48 Comissão Europeia, “Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano”, 2.



# O CONTROLE EXTERNO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: O SISTEMA LICITAÇON COMO UMA FERRAMENTA VIABILIZADORA DO CONTROLE SOCIAL NA ESFERA LOCAL<sup>1</sup>

*Ricardo Hermany<sup>2</sup>*

*Betieli da Rosa Sauzem Machado<sup>3</sup>*

## 1 Notas introdutórias

Diante da importância em se obter um gerenciamento das riquezas coletivas e de viabilizar a prestação de serviços públicos eficientes, nota-se que a Administração Pública deve intentar e promover a obediência das normas constitucionais e infraconstitucionais, respeitando além disso o dever de transparência na gestão da coisa pública em busca da concretização de sua finalidade maior que é o interesse público. Assim, a pesquisa centra-se em examinar o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas com enfoque no sistema LicitaCon. Se justificando por verificar como se dá a atuação dos Tribunais de Contas como um órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle externo na promoção do controle social.

O problema de pesquisa está no seguinte questionamento: o sistema LicitaCon elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul pode ser considerado como uma ferramenta de fortalecimento do controle social e como viabilizador do direito à transparência e publicidade, visando com isso a boa gestão pública? A pesquisa utiliza o método de procedimento bibliográfico, com consulta a diplomas legais e obras e aplica o método de abordagem dedutiva.

Dessa maneira, buscando responder o problema da pesquisa, dividiu-se a investigação nos seguintes momentos: primeiro, analisa-se o papel dos Tribunais de Contas no controle externo, verificando a conceituação de controle externo, e logo após passa-se a abordagem da natureza jurídica dos Tribunais de Contas,

---

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

2 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) com estágio de doutoramento na Universidade de Lisboa (2003); Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional de Municípios – CNM. E-mail: hermany@unisc.br

3 Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Centro de Ensino Integrado Santa Cruz. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Advogada. E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br



competências e composição. No segundo, se verifica a conceituação de controle social, o direito à informação e à publicização no Brasil a partir da Constituição de 1988. Por fim, examina-se os impactos no controle social e no controle externo, com o advento da Resolução nº 1050/2015 - da Corte de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Região Sul do Brasil - a qual instituiu o Sistema LicitaCon como um possível auxiliar do controle social e da boa gestão pública.

## 2 O papel do Tribunal de Contas no controle externo e suas competências

A ideia de Estado de Direito desde seus primórdios é inseparável da noção de controle. Desse modo, para que haja esse modelo de Estado é imprescindível que existam instituições e ferramentas hábeis que garantam sua submissão a lei. Logo, o controle visa assegurar que a Administração atue de acordo com os princípios previstos no ordenamento jurídico, tais como os princípios da legalidade, finalidade pública, moralidade, motivação publicidade, economicidade, impessoalidade, razoabilidade, legitimidade, transparência, entre outros. Ademais, em certas circunstâncias o controle abarca os aspectos de oportunidade e conveniência, isto é, os aspectos discricionários ou políticos do ato.<sup>4</sup>

Desta forma, todas as atividades da Administração, sejam elas discricionárias ou vinculadas, estão subordinadas à lei, de acordo com o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o interesse público estabelece que o agir da Administração deve ser útil e eficiente.<sup>5</sup>

Ademais, verifica-se a existência de três tipos de controles administrativos, sendo eles: o controle interno que é exercido pela administração pública sobre seus órgãos e suas entidades da administração indireta; o controle social que é efetuado pela sociedade participativa de forma direta com relação as atividades do Estado; e, também, o controle externo que é aquele que um Poder exerce sobre os atos administrativos praticados pelos outros Poderes. Destaca-se que o controle externo foi estabelecido por meio de delegação constitucional, o qual é exercido pelo Congresso Nacional e pela Assembleia Legislativa, que são auxiliados pelos Tribunais de Contas da União, dos estados-membros e dos municípios.<sup>6</sup>

Salienta-se que existem dois tipos de controle sendo: primeiro, de origem anglo-saxã, denominado de sistema de controladorias ou sistema de auditorias, o qual é o modelo adotado pelos Estados Unidos e pela Inglaterra, entre outros países; e o

4 COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

5 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

6 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2012.



segundo, denominado de Tribunais de Contas, adotado pela França, Bélgica, Itália, Portugal e Brasil.<sup>7</sup>

No entanto, ressalta-se que o modelo de Tribunal de Contas desenvolvido e implementado no Brasil é único no mundo, pois não corresponde ao tradicional, visto que assume funções fiscalizadoras que são típicas de controladorias, além do papel de ouvidoria e órgão consultivo. Suas estruturas organizacionais e seus processos decisórios apresentam um misto das formas e processos decisórios do Judiciário e do Legislativo.<sup>8</sup>

Na organização político-administrativa do Brasil nota-se a presença de um Tribunal de contas da União, diversos Tribunais de contas estaduais e outros municipais. Logo, pode-se afirmar que o tribunal de contas da União realizará a fiscalização das as contas da União – podendo também o TCU fiscalizar as contas de Estados e Municípios quando se tratar da verificação da correta aplicação de recursos decorrentes de recursos repassados pelo Governo Federal por meio de convênios, acordos e ajustes - e os tribunais de contas dos Estados irão fiscalizar as contas dos estados-membros e municípios, quando não for o caso de se ter Tribunais de contas nos municípios.<sup>9</sup>

Atualmente existem no Brasil 33 Tribunais de Contas, sendo: 1 Tribunal de Contas da União (TCU); 26 Tribunais de Contas dos Estados (TCE)<sup>10</sup>; 3 Tribunais de Contas dos Municípios do Estado (TCM)<sup>11</sup>; 2 Tribunais de Contas do Município<sup>12</sup> (TCM)<sup>13</sup>; e 1 Tribunal de Contas do Distrito Federal. Salienta-se que apenas dois municípios têm órgãos de contas próprios: São Paulo e Rio de Janeiro. Esses são também os únicos de municípios específicos do país, visto que o órgão de contas de São Paulo

7 COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

8 RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle na administração pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 33, n. 93, p. 55-73, jul./set. 2002.

9 BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto. In: LEAL, Rogério Gesta *et al.* (eds.). **IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas**. Madri: Editora Bubok, 2018. p. 45-60.

10 Nos estados-membros do: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santos, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins.

11 Para os municípios dos estados-membros: Bahia, Goiás e Pará. Observa-se que dos municípios do Ceará foi extinto em 2017.

12 Nos municípios de: São Paulo e Rio de Janeiro.

13 A sigla TCM é utilizada tanto para os três Tribunais de Contas dos Municípios do Estado, quanto para os 2 Tribunais de Contas do Município, porém existem diferenças em suas jurisdições e atuações.



foi criado em 1968 e do Rio de Janeiro em 1980, portanto, cortes que são anteriores a Constituição de 1988, que passou a vedar a criação de novos TCM, consoante o artigo 31, §4º.<sup>14</sup>

A partir do texto constitucional brasileiro de 1988, o Tribunal de Contas passou a ser previsto como um órgão auxiliar do Poder Legislativo no exercício da fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial e operacional da União, bem como dos entes da administração pública direta e indireta, com relação à legitimidade, à legalidade, à economicidade e a fiscalização da aplicação de subvenções e de renúncia das receitas.<sup>15</sup> Assim, Sodré<sup>16</sup> destaca que o Tribunal de Contas pode ser considerado um órgão independente e autônomo, que não pertence a nenhum dos Poderes da República e que exerce magistratura *sui generis*, como um órgão fiscalizador.

Desse modo, observa-se que o órgão de contas tem suas peculiaridades, distinguindo-o das demais instituições superiores de auditorias externas dos outros países, pois além de investigar e coletar dados, também produz informações relacionadas à gestão de recursos públicos – quanto à legalidade, economicidade, eficiência e eficácia – detendo assim competências para tomar decisões específicas que produzirão efeitos concretos, independentemente da aprovação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa.

Já com relação a sua natureza jurídica, Justen Filho<sup>17</sup> menciona que mesmo vinculado ao Poder Legislativo, o Tribunal de Contas é comparado aos Tribunais Judiciários, no que se refere às garantias de independência. Neste sentido, os doutrinadores Alexandrino e Paulo<sup>18</sup> entendem que, apesar dos órgãos de contas receberem a denominação de “tribunais”, eles não exercem jurisdição, isto é, não dizem com definitividade o direito aplicável ao caso concreto em litígio, portanto, suas decisões não fazem coisa julgada em sentido próprio.

Com relação a natureza de orientação do Tribunal de Contas verifica-se que é administrativa, por se tratar de um órgão consultivo e orientador da administração

14 Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. [...] § 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais (BRASIL, 1988).

15 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

16 SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

18 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2012.



pública, pois além das suas atribuições ele possui uma atribuição implícita, visto que no momento em que este órgão decide, ele acaba influenciando a administração pública. Além disso, o artigo 71 da Constituição aborda o rol de atribuições da corte de contas.

### 3 O controle social sob a lógica do direito constitucional à informação e à publicização

Além da fiscalização pelo controle externo para uma boa gestão dos bens e recursos públicos, existe o controle social que é exercido pelos cidadãos, os quais são interessados diretamente na sua efetividade. Salienta-se que esse tipo de controle é atribuído à população, a qual exercerá sobre a Administração, onde a transparência e a participação popular na gestão fiscal são formadas com base no *accountability*, tendo o dever de servir para que seja realizado o controle de resultados e para se adequarem os meios utilizados para o cumprimento da política fiscal.<sup>19</sup>

Nesse sentido, destaca-se que esse modelo de controle é visto como complementar ao controle oficial, além de que para fazer valer as constatações de irregularidades praticadas, deverá informar a Administração para que seja feita a correção das falhas encontradas, bem como deverá representar aos integrantes do sistema de controle interno, denunciar os fatos ao Tribunal de Contas ou ao Ministério Público. Ademais, verifica-se que o controle social pode impulsionar o ajuizamento de ação popular.<sup>20</sup>

Por meio da Constituição Federal de 1988 foram multiplicados os mecanismos para a efetivação do controle social, existindo a partir de então a possibilidade de qualquer cidadão, associação, partido político ou sindicato realizar a denúncia de possíveis irregularidades ou ilegalidades aos órgãos de controle externo, conforme dispõe o artigo 74 da Constituição.

Ressalta-se que na Constituição de 1988 o direito à informação está previsto nos artigos 5º, inciso XXXIII, e 37. Cabe destaca-se que o artigo 37 utiliza o termo “publicidade”, ao passo que o artigo 5º, utiliza o termo “direito à informação”. Ademais, os referidos direitos estão previstos e regulamentados em diversas leis, sendo as mais notáveis sobre a temática a Lei de Acesso à Informação - a LAI - Lei nº 12.527 e a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF - Lei Complementar 101. Além disso, estas leis mencionam um conceito adicional o da transparência. Assim, verifica-se que a LAI, em conjunto com a LRF, prevê obrigações para a Administração Pública.<sup>21</sup> Logo,

19 MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

20 Idem.

21 BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista





salienta-se que a LAI ampliou consideravelmente as possibilidades de controle social ao fixar procedimentos para a garantia do acesso dos cidadãos as informações.

Desse modo, sob a ótica dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no artigo 37, caput, da Constituição, bem como tendo a imposição de princípio constitucional da publicidade/transparência dos atos da Administração Pública, cabe aos entes federativos o fornecimento e disponibilização de informações requeridas de forma rápida, objetiva e clara, com linguagem de fácil compreensão, ou seja, uma informação transparente, de acordo com o artigo 5º da lei nº 12.527/2011. Nesse sentido, buscando a concretização do direito fundamental de acesso à informação, os procedimentos publicizatórios devem ser executados com base nos princípios e nas diretrizes previstas no artigo 3º da lei nº 12.527/2011<sup>22</sup>.

Desta maneira, destaca-se que o controle social opera em conjunto com o controle externo, buscando zelar pela conveniente aplicação dos princípios da Administração Pública, previstos no caput do artigo 37 da Constituição, bem como viabiliza a consciência dos cidadãos sobre a grande responsabilidade que é a gestão da coisa pública.

#### 4 O sistema Licitacon como ferramenta auxiliar do controle social para a boa gestão pública

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, publicou a Resolução nº 1.050, de 13 novembro de 2015, a qual instituiu o sistema LicitaCon, ferramenta que busca efetivar o melhor controle das licitações e contratos administrativos dos Poderes, entidades e órgãos jurisdicionados. Desse modo, salienta-se que o artigo 2º da Resolução prevê que o LicitaCon o define como um sistema informatizado que se destina ao envio de dados, informações e documentos que sejam relativos as licitações e contratos administrativos, propiciando exercício efetivo e simultâneo do controle externo e de disponibilização de informações para a sociedade.

Com relação a necessidade da criação do sistema, ressalta-se que o órgão de contas no preâmbulo da Resolução ao considerar o que dispõe os artigos 70 e 71, parágrafos 2º, 3º e 5º, da Constituição Estadual explicita as competências do tribunal de contas do Estado, atribuindo-lhe amplos poderes de investigação, requisição e

---

e de utilização de uma metodologia do caso concreto. In: LEAL, Rogério Gesta, et. al. (eds). **IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas**. Madri: Editora Bubok, 2018. p. 45-60.

22 Art. 3º: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública. (BRASIL, 2011).



exame de todos os elementos necessários ao exercício de suas atribuições. Além disso, os referidos artigos vedam a sonegação de informações em razão do sigilo, visto que tais dispositivos consideram o que está previsto: no artigo 44 da Lei nº 11.424, de 6 de janeiro de 2000 – Lei Orgânica do tribunal de contas do Estado; na Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação, em que o desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública atua como diretriz que busca assegurar o exercício do direito fundamental de acesso à informação; bem como considera a necessidade de serem desenvolvidas rotinas de fiscalização específicas para que haja o controle de licitações e contratos administrativos.

Ainda destaca-se que a criação do sistema LicitaCon é fruto gerado através dos objetivos fixados no Protocolo de Intenções, o qual restou acordado pelo Instituto Rui Barbosa (IRB), Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e TCE-RS, no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Logo, tal sistema colabora para a ação sistêmica e integrada dos órgãos de controle que visam prevenir e reprimir a ocorrência de fraudes em procedimentos licitatórios.

O artigo 5º, inciso I da Resolução fez previsão de que os municípios poderiam utilizar o LicitaCon a partir de 1º de dezembro de 2015, tornando sua instalação e execução obrigatórios para o envio de dados, informações e documentos, conforme previsto no artigo 5º, inciso II da Resolução, a partir de 02 de maio de 2016. Já no estado-membro o LicitaCon passaria a ser utilizado a partir de 1º de dezembro de 2016, mas se tornaria obrigatório seu emprego para o envio de dados, informações e documentos, conforme previsto no artigo 2º da Resolução, a partir de 02 de janeiro de 2018.

O tribunal de contas publicou em 12 dezembro de 2017 a Instrução Normativa nº 13/2017, atendendo determinação da Resolução 1050/2015, surgindo com o intuito de estabelecer os prazos e os procedimentos que devem ser observados pelos jurisdicionados do órgão de contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE/RS à inclusão de dados no sistema de licitações e contratos (LicitaCon). Desse modo, verifica-se que o preenchimento do sistema LicitaCon consiste no encaminhamento periódico ao órgão de contas do Estado do Rio Grande do Sul dos documentos, informações e dados que sejam relativos às licitações e contratos administrativos que forem realizados pelos jurisdicionados, incluindo os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como a adesão à ata de registro de preços de outro órgão e os procedimentos de manifestação de interesse e credenciamento, de acordo com o artigo 2º da Instrução.

Salienta-se que o encaminhamento de documentos, informações e dados que são exigidos pelo sistema LicitaCon deve ser realizado de acordo com as fases do processo licitatório e as etapas da contratação. Portanto, a Administração em cada



etapa deve encaminhar os atos praticados, não sendo possível enviá-los ao final do processo licitatório. No entanto, a Instrução prevê uma exceção aos jurisdicionados que optarem pela utilização do módulo LicitaCon eValidador.

O sistema LicitaCon também apresenta dois módulos diferenciados de “alimentação”, eis que existe um módulo *online*, o qual é denominado de LicitaCon Web, e um módulo *offline*, o qual é denominado LicitaCon eValidador. No módulo LicitaCon Web a inserção dos documentos, informações e dados é realizada através do preenchimento *online* do sistema, de acordo com o artigo 4º da Instrução. Já no módulo LicitaCon eValidador os documentos, informações e dados são anexados por meio de remessas de arquivos digitais padronizados as quais são cumulativas.

A sociedade terá acesso aos dados através do LicitaCon Cidadão, o qual possibilita que todo e qualquer cidadão consulte pela internet os dados, informações e documentos relacionados às licitações e contratos administrativos que sejam realizados. Ressalta-se que a ferramenta de consulta desenvolvida em uma plataforma mobile, a qual permite o acesso em qualquer dispositivo eletrônico com acesso à internet. O referido sistema encontra-se disponível no portal do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, na área de Controle Social > Licitações e Contratos.

Além de oportunizar a atuação tempestiva da fiscalização o LicitaCon é uma ferramenta que favorece o aperfeiçoamento das ações de controle e a qualificação do planejamento de auditorias. A par disso, a sistemática amplia a publicidade de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos, aumentando a transparência da ação estatal, fomentando também o controle social, eis que disponibilizar dados na rede de internet possibilita o combate a falta de transparência do certame.

## Considerações finais

O presente trabalho buscou examinar o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, com enfoque no sistema LicitaCon, que surgiu com o advento da Resolução nº 1.050/2015 do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Cabe ressaltar que o referido sistema traz impactos significativos no processo de controle externo e de controle social nos processos licitatórios e de contratos da Administração Pública municipal e estadual.

Para tanto, inicialmente percorreu-se sobre o papel dos Tribunais de Contas no controle externo, suas competências, natureza jurídica e composição; após passou-se a verificação do controle social sob a ótica do direito à informação e à publicização no Brasil; e, por fim, examinou-se o sistema LicitaCon como auxiliar do controle social e para a boa gestão pública.



Além do mais pode-se destacar que a nova sistemática (LicitaCon) tende a ampliar significativamente a publicidade dos dados, documentos e informações relativas a licitações e contratos administrativos aumentando com isso a transparência. Portanto, não restam dúvidas de que o Sistema LicitaCon pode ser considerado como uma grande evolução na busca pela concretização dos princípios da Administração Pública, em especial o da transparência/publicidade, de acordo com Lei de Acesso à Informação.

De tal modo, a partir dessas premissas e visando responder o problema da pesquisa, pode-se concluir que o órgão de contas após a implementação do sistema LicitaCon vem fortalecendo o controle social e a transparência dos atos da Administração no que concerne as licitações e contratos, gerando uma melhora na gestão dos recursos públicos. Além facilitar o trabalho de fiscalização desenvolvido pelos membros do TCE/RS, os quais podem verificar simultaneamente a realização dos atos referentes a licitações e contratos públicos.

## Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2012.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto. *In*: LEAL, Rogério Gesta *et al.* (eds). **IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas**. Madri: Editora Bubok, 2018. p. 45-60.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm). Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 24 mar. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo** – Teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2015.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle na administração pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 33, n. 93, p. 55-73, jul./set. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. Instrução Normativa nº 13/2017. **Dispõe sobre os prazos e demais regras técnicas relativas à alimentação do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon pelos órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas\\_controle\\_externo/licitacon/legislacao/IN\\_13\\_Licitacon.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao/IN_13_Licitacon.pdf). Acesso em: 24 mar. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos\\_normativos\\_tcers/lei\\_organica/LOTTERS-LE11424-LE14571-2014be.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos_normativos_tcers/lei_organica/LOTTERS-LE11424-LE14571-2014be.pdf). Acesso em: 24 mar. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Resolução nº 1050/2015. **Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas\\_controle\\_externo/licitacon/legislacao/Resolucao\\_1050.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao/Resolucao_1050.pdf). Acesso em: 24 mar. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. **Sistema de licitações e contratos, 2015**. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas\\_controle\\_externo/licitacon/apresentacao](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/apresentacao). Acesso em: 24 mar. 2019.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. *In*: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.





# EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA: CLAVES PARA SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL

*Luz María Puente Aba*  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidade da Coruña

Una de las figuras delictivas de más breve definición en el Código Penal es indudablemente el delito de prevaricación administrativa. Según el artículo 404 del Texto punitivo, se castiga a las autoridades o funcionarios públicos que, a sabiendas de su injusticia, dicten una resolución arbitraria en un asunto administrativo. A pesar de su aparente sencillez, se plantea un principal y complejo problema interpretativo que puede hacer oscilar sensiblemente el índice de aplicación de este precepto: la definición del concepto de “arbitrariedad”. Aquí se analizará cuáles son los caracteres que se han exigido a una resolución para calificarla como arbitraria; como se verá, aun partiendo de una definición clara y consensuada, no resulta fácil ni pacífica la interpretación, en cada caso concreto, de qué debe considerarse arbitrario. De hecho, examinando la aplicación de este precepto por parte de los tribunales, se observa una oscilación del nivel tanto de querellas como de condenas a lo largo de los años, sin que ello obviamente responda a una evolución en la cantidad de resoluciones arbitrarias emitidas por autoridades o funcionarios públicos. Ni que decir tiene, además, que no solo las dificultades interpretativas pueden generar estos vaivenes de aplicación de la norma, sino también el posible intento de emplear la sanción penal como remedio o punición frente a resoluciones administrativas discutidas.

Si analizamos las estadísticas de condenas anuales elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística con base en los datos del Registro Central de Penados<sup>1</sup>, podemos observar, como tendencia general, el progresivo aumento en las condenas por delitos de prevaricación. Sin duda alguna el principal punto de inflexión está constituido por la crisis económica y el paralelo descubrimiento de diversos escándalos de corrupción en España; ambas circunstancias condujeron tanto a una mayor condena social de las irregularidades cometidas por autoridades y funcionarios públicos, como a una creciente incidencia de las investigaciones judiciales en este ámbito, que determinó consecuentemente un aumento general en el número de condenas por delitos relacionados con la corrupción, entre ellos el delito de prevaricación.

<sup>1</sup> Vid. al respecto los datos del Instituto Nacional de Estadística: un cuadro global desde 2013 a la actualidad en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997>; con anterioridad, vid. las condenas por cada año individualizado en [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176793&menu=resultados&idp=1254735573206](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176793&menu=resultados&idp=1254735573206).



Es interesante fijarse en que, en este aumento de las causas por prevaricación, puede apreciarse la proliferación de las querellas por este delito a todos los niveles de la Administración pública y la Administración de justicia. Así, en los últimos años se han presentado querellas por comisión del delito de prevaricación contra diversas personas que ostentan cargos públicos o son funcionarios públicos de cierta relevancia; así, a título de ejemplo: la Ministra de Justicia<sup>2</sup>, magistrados integrantes del Tribunal Constitucional<sup>3</sup>, miembros de la Junta Electoral Central<sup>4</sup>, la Presidenta del Tribunal Administrativo del Deporte<sup>5</sup>, y también magistrados<sup>6</sup>, alcaldes y concejales<sup>7</sup>. Sin entrar obviamente en el análisis de todas estas causas, cada una de naturaleza y ámbito muy diferente y discutible, aquí simplemente se pretende hacer hincapié en el muy amplio radio de aplicación que podría tener esta figura delictiva; se trata de tomar en consideración, como se ha dicho al principio, que la breve y genérica definición de este delito en el Código Penal determina la relevancia de su interpretación jurisprudencial a la hora de establecer los límites de alcance del tipo penal. A lo largo de los años, los Tribunales han ido dotando de contenido al delito de prevaricación, esencialmente al término “arbitrariedad”, clave de la aplicación de este precepto. En cualquier caso, aun contando con estos parámetros que han ido consolidándose en la jurisprudencia a lo largo del tiempo, será siempre determinante la valoración que en cada caso concreto se efectúe de tales criterios. En este breve trabajo se pretende hacer un repaso de cuáles son las pautas definidoras de este concepto de arbitrariedad en el delito de prevaricación, poniendo de relieve las dificultades de aplicación al caso concreto de tales parámetros, e incluso las diversas perspectivas desde las que se pueden interpretar.

Así, la *definición de la arbitrariedad* constituye la clave para encauzar la aplicación del delito de prevaricación, esto es, para delimitar las conductas prevaricadoras de

- 2 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-archiva-la-querella-de-VOX-contra-la-ministra-de-Justicia-por-delitos-de-prevaricacion-y-denegacion-de-auxilio-a-la-Administracion-de-Justicia>
- 3 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-rechaza-una-querella-por-prevaricacion-contra-magistrados-del-Tribunal-Constitucional>
- 4 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-archiva-querella-de-Quim-Torra-contra-la-Junta-Electoral-por-los-acuerdos-que-le-ordenaban-retirar-los-lazos-amarillos-y-banderas-esteladas> y [https://elpais.com/politica/2019/05/21/actualidad/1558430217\\_041145.html](https://elpais.com/politica/2019/05/21/actualidad/1558430217_041145.html)
- 5 <https://www.efe.com/efe/espana/deportes/el-fiscal-pide-archivar-la-querella-de-federacion-futbol-contra-tad/10006-3942849>
- 6 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-TS-rechaza-la-querella-de-Manos-Limpias-contra-dos-magistrados-de-la-Audiencia-Nacional-por-la-sentencia-del-asedio-al-Parlament>, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-TSJCLM-inadmite-la-querella-de-Manos-Limpias-contra-el-fiscal-jefe-de-Talavera-de-la-Reina-y-una-magistrada-del-mismo-Partido-Judicial>
- 7 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Navarra/Noticias-Judiciales-TSJ-Navarra/El-juez-archiva-la-querella-por-prevaricacion-interpuesta-contra-un-concejal-de-Pamplona>



aquellas resoluciones que, si bien no respetan la normativa vigente, constituyen meros ilícitos de carácter administrativo.

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo ha defendido una interpretación restrictiva de este término, y para su caracterización ha venido empleando una serie de calificativos especialmente significativos: la ilegalidad de la resolución administrativa ha de ser “patente”, “grosera”, “clamorosa”, “evidente”, “grotesca”, “flagrante”, “clamorosa”, “esperpéntica”, etc. En suma, lo que se pretende es integrar en el ámbito típico del delito de prevaricación solo aquellas resoluciones que, de forma especialmente grave, contradicen la legalidad vigente. Se trata, sin duda, de una difícil tarea que conlleva todos los matices propios de un proceso valorativo, pues ha de ser el juzgador quien determine la especial relevancia de la injusticia propia de la resolución, para poder decidir si otorgarle la calificación de prevaricadora. No obstante, y como se verá a continuación, los criterios configurados con esta finalidad presentan diversas perspectivas, que pueden ser determinantes a la hora de calificar una determinada decisión administrativa como constitutiva de delito de prevaricación.

Los Tribunales inciden en que el empleo de todos estos calificativos manifiesta que la ilegalidad es tan relevante que ha de ser *notoria y evidente para cualquier ciudadano*; esto es, la contradicción con el ordenamiento jurídico debe ser patente e incuestionable, apartándose de forma llamativa de las normas más esenciales y básicas. No obstante, lo cierto es que la magnitud de la contradicción con el ordenamiento jurídico no tiene por qué ser equivalente a la facilidad con la que puede ser detectada. De hecho, existen ámbitos en el ordenamiento jurídico especialmente complicados (v.gr. urbanismo, fiscalidad), tanto por la complejidad de la materia como por la confluencia de normas de diverso origen y naturaleza, lo cual determina que solo las personas especializadas en tales sectores podrían llegar a detectar con facilidad una decisión carente absolutamente de base legal. Así, por ejemplo, la materia urbanística es especialmente proclive a plantear situaciones problemáticas, puesto que confluyen normativas de diferente origen (esencialmente de ámbito autonómico y local), y es habitual la sucesión temporal de leyes, reglamentos e instrumentos de planeamiento. Por un lado, es cierto que ante situaciones de especial confusión normativa pueden llegar a surgir diversas interpretaciones posibles de la legalidad vigente que, en la medida en que pudieran ser racionalmente defendibles, excluirían la presencia de un delito de prevaricación; sin embargo, por otro lado, este tipo de sectores de gran complejidad técnica y normativa podrían determinar que precisamente la persona especializada en el sector adopte una decisión totalmente al margen de la legalidad, cuando tal irracionalidad no es claramente aprehensible a los ojos de un ciudadano lego en la materia.

La jurisprudencia afirma que una resolución simplemente ilegal no es equivalente a una prevaricación, y que no debe realizarse una equiparación entre *actos nulos conforme al Derecho administrativo* y *actos constitutivos de prevaricación según el Derecho penal*.



Citando sentencias recientes, cabe traer a colación las manifestaciones de la STS 359/2019, 15-7, refiriéndose a jurisprudencia anterior: “Insistía en estos criterios doctrinales, la STS 755/2007 de 25 de septiembre, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación. (En el sentido del texto, la STS nº 340/2012)”. En una línea similar, la STS 477/2018, 17-10, manifiesta que “a pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contenían, al igual que ahora en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). Insiste en estos criterios doctrinales la STS nº 755/2007, de 25-9, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves”.

En primer lugar, si bien este criterio pretende que no llegue a ser considerada prevaricadora cualquier ilegalidad administrativa, lo cierto es que precisamente las pautas interpretativas podrían ir en el sentido opuesto, esto es, que la nulidad del acto constituyese un indicio sólido de una conducta prevaricadora. En otras palabras, aunque no se identifiquen automáticamente nulidad de pleno Derecho y prevaricación, realmente muchos actos que pueden ser calificados como prevaricación habrán de ser declarados forzosamente como nulos en el ámbito administrativo.

De hecho, es interesante atender a las manifestaciones de la STS 311/2019, 14-6, según la cual “los perjuicios derivados de la comisión de un delito de prevaricación pueden identificarse con los efectos del acto nulo. Aunque ordinariamente sea suficiente con la declaración de nulidad, privando de efectos al acto prevaricador, puede haber ocasiones en que tal nulidad no es posible, o, puede suceder que no todos los perjuicios se reparen con aquella declaración”. Cuando menos, de estas



manifestaciones puede deducirse que, si bien no existe equivalencia entre acto nulo y acto constitutivo de prevaricación, se reconoce la especial gravedad de ambas clases de actuaciones y de las consecuencias que de ellas se derivan.

En segundo lugar, si bien la jurisprudencia parte de no identificar acto nulo y acto prevaricador, cabe retener aquí los supuestos de nulidad mencionados en las sentencias citadas, y extraídos de la Ley reguladora del procedimiento administrativo (Ley 39/2015, 1-10, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas): los actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. Así, no solo se reconoce la gravedad de las consecuencias derivadas de actos nulos y actos constitutivos de prevaricación sino que, como se verá más adelante, las causas de nulidad reconocidas por la legislación administrativa coinciden en gran medida con los grupos de casos que la jurisprudencia identifica como supuestos de prevaricación.

Generalmente, el argumento anterior relativo a la necesidad de no identificar acto nulo y acto constitutivo de prevaricación, suele ser reforzado con una alusión al *principio de intervención mínima del Derecho Penal*, aduciendo que las normas penales solo pueden intervenir ante los casos más graves de vulneración de bienes jurídicos, cuando no resulta suficiente la actuación de otros sectores del ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, la STS 694/2018, 21-12, manifiesta que “los principios de mínima intervención, fragmentariedad y última ratio obligan a considerar que no toda ilegalidad administrativa constituye delito”. También la STS 477/2018, 28-11, afirma que “para alcanzar la tipicidad del artículo 404 CP, no es suficiente la mera ilegalidad, la simple contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última ‘ratio’”. El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión del Derecho Penal aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala Segunda, al declarar que ‘el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos





lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el *ius puniendi* debe constituir la última ratio sancionadora'. De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito”.

Sin embargo, en puridad el principio de intervención mínima es un parámetro que ha de guiar la actuación del legislador, en su tarea de seleccionar las conductas que han de recibir sanción penal. En el momento de aplicación de la norma, los Tribunales se hallan limitados por el principio de legalidad, de tal modo que no pueden dejar de sancionar comportamientos que se integran en el tipo penal con base en el principio de intervención mínima; a lo sumo, y dentro de la redacción literal de la norma, podrán seguir criterios propios de una interpretación de corte teleológico, en el sentido de imponer la sanción penal a aquellos comportamientos que encajan en el ámbito típico y suponen efectivamente una vulneración del bien jurídico protegido. Ciertamente, cabe aventurar que esta es la idea que pretenden asentar los Tribunales con esta afirmación, que además no es privativa de este delito (se aludía también al principio de intervención mínima en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, para no aplicar estas infracciones a los conocidos supuestos de “top manta” o venta ambulante, de escasa significación, de productos que suponen una infracción de los indicados derechos de propiedad); en cualquier caso, resultaría más acertado incidir en otros principios más directamente relacionados con una interpretación teleológica de la norma, vinculada a la afectación del bien jurídico penalmente protegido.

En suma, la esencia del concepto de arbitrariedad, que subyace a todos los calificativos inicialmente mencionados, es que debe exigirse algo más que una mera ilegalidad: se trata de “torcer el Derecho”, *situarse al margen del ordenamiento jurídico sin ningún fundamento, sin que exista ningún método de interpretación razonable que sustente esa decisión*. De este modo se pretende establecer el límite entre la mera ilegalidad y la injusticia: solo en este último caso, con una decisión totalmente al margen del ordenamiento jurídico, puede afirmarse que la resolución es arbitraria (SSTS 31-3-94, 24-6-94, 20-4-95).

Esta idea se expresa, por ejemplo, en la STS 311/2019, 14-6: “La resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS



núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable (STS nº 1658/2003, de 4 de diciembre)”.

La STS 288/2019, 30-5, también indica que, “para que pueda apreciarse prevaricación administrativa, no basta la mera ilegalidad. No hay delito cuando nos encontramos ante una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable”.

La STS 477/2018, 17-10, incide en esta idea citando jurisprudencia anterior: “La STS 259/2015, de 30 abril, recuerda cómo el Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como ‘arbitrarias’ las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir aquellos actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso INTELHORCE). La STS de 11.3.2015 recalca que ‘el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad, lo que se sanciona’. Conforman, por tanto, el elemento objetivo del tipo de prevaricación del artículo 404 CP ‘el acuerdo de resoluciones arbitrarias entendidas como los actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho’. La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones y debe ser de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, por lo que la ilegalidad debe ser contundente y manifiesta exigiendo para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución, no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente esa flagrante ilegalidad ha sido calificada mediante distintos adjetivos (‘palmaria’, ‘patente’, ‘evidente’, ‘esperpéntica’, etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados”.

Partiendo de estas premisas, es interesante seguir atendiendo a lo manifestado en esta y otras sentencias, que se detienen a presentar situaciones que pueden



considerarse arbitrarias en el sentido del delito de prevaricación, y que pueden relacionarse con los restantes parámetros ya expuestos que han servido como base para perfilar el concepto de arbitrariedad.

Así, esta sentencia del Tribunal Supremo continúa afirmando que, “en particular, la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado vigente cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omitiendo totalmente las formalidades procesales administrativas, actuando con desviación de poder, omitiendo en cada caso dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). La arbitrariedad típica debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta de ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, cabrá predicar la arbitrariedad cuando no pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno la resolución dictada, cuando no sea posible sostener el significado de la norma que se realiza por el autor, y ello cualquiera que sea la finalidad de la misma, pues la intención se encuentra ausente del tipo, y puede concursar, en su caso con otros preceptos del Código Penal (STS 284/2009 de 13.3)”.

En esta línea se manifiesta también la STS 600/2018, 28-11: “La acción imputada consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero)”.

La STS 477/2018, 17-10, por su parte, indica lo siguiente: “En cuanto a la discusión entre ilegalidad administrativa y delito de prevaricación, hemos de partir de que en ésta la acción consiste, en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder. La desviación de poder ha sido definida como la desviación ideológica en la actividad administrativa



desarrollada, o como una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza. En definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto. Así lo proclaman las SSTs de la Sala 3ª, de 20.11.2009 y 9.3.2010, que también señalan que ‘la desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y con el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico...’ o como sintetiza la jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa. S.A. contra Comisión), la desviación de poder concurre ‘cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso’”.

Puede verse que en estos párrafos se citan las tres principales situaciones en las que puede verificarse una decisión arbitraria: *la omisión total de las formalidades del procedimiento administrativo, la absoluta falta de competencia para adoptar la resolución, y los casos en que el contenido de la decisión pone de relieve una desviación de poder, esto es, la persecución de una finalidad ajena a las normas jurídicas.*

Así, en primer lugar, la arbitrariedad podría derivar del incumplimiento de las reglas procedimentales básicas para la adopción de una determinada decisión. Según la STS 477/2018, 17-10, “la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la triple finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de aval del orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones (SSTs 18/2014 de 13.1, 152/2015 de 24.2). Por un lado, la observancia respetuosa del procedimiento establecido en la contratación pública tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, ostenta otra finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas aquellas formas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar, en caso contrario, a la nulidad o a la anulabilidad de los actos de la Administración pública (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de



noviembre). Sin embargo, y como dijimos con la nulidad administrativa, tampoco se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, como el artículo 48.2 de la vigente ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento. Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento administrativo establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Es, en este sentido, reveladora de la tipicidad penal la elusión de los trámites esenciales (STS nº 331/2003, de 5 de marzo). La STS 259/2015 condenó por prevaricación en un caso en que se fraccionó un contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que era el que correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del mismo, vulnerando con ello lo dispuesto en el art 74 de la Ley de Contratos del Estado, y además una vez reconducida fraudulentamente la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos y garantías, también se vulneraron las limitadas exigencias de éste, al encargar a su único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos supuestamente de diferentes empresas, los que arbitrariamente elegidos debían procurar que las condiciones por el acusado ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación aparentando la concurrencia de contradicción. Pura ficción al servicio del fraude que mereció condena por prevaricación y falsedad documental”.

En segundo lugar, otra de las situaciones generadoras de una decisión prevaricadora sería aquella en que la resolución es adoptada por una persona u órgano que carecen totalmente de competencia para ello. La carencia de competencia para adoptar una determinada resolución puede ser determinante para calificar tal acto decisorio como una prevaricación; en estos supuestos, lo que puede resultar más problemático a la hora de determinar si existe competencia para adoptar la resolución,





es valorar los casos de delegación de competencias, esto es, cuando el órgano o persona competente delega la facultad de resolver una determinada cuestión.

En tercer lugar, existiría arbitrariedad cuando está ausente una conexión entre la decisión adoptada y la argumentación previa ofrecida para concluir en la adopción de tal resolución; se trata, por lo tanto, de tomar una determinada decisión sin ningún fundamento justificante.

Esta situación es puesta de relieve en la STS 600/2018, 28-11: “La jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). Para apreciar el delito de prevaricación, serían necesarios, según la jurisprudencia de esta Sala, los siguientes requisitos: 1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto, y 5) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho”.

Es de señalar que, en estos supuestos, la arbitrariedad se sitúa en un ámbito cercano a la desviación de poder, y puede manifestarse tanto en las resoluciones que siguen un proceso reglado como en las decisiones de carácter discrecional, si bien, obviamente, en este último tipo de resoluciones será más difícil trazar la frontera clara entre la discrecionalidad admisible y la arbitrariedad.



Así lo reconoce la STS 311/2019, 14-6, afirmando que cabría integrar en el tipo penal de prevaricación los casos “en los que se reconoce a la autoridad o funcionario un cierto margen de discrecionalidad, que, sin embargo, en ningún caso autoriza a sustituir las finalidades propias de la acción de la Administración Pública por la satisfacción de intereses particulares”.

En suma, lo que se trata de poner de relieve es que estos tres grupos de situaciones, identificados por la jurisprudencia como determinantes de la comisión de un delito de prevaricación, equivalen esencialmente a algunas de las causas de nulidad de los actos administrativos contempladas en la Ley reguladora del procedimiento administrativo (Ley 39/2015, 1-10, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas). Ello pone de relieve la dificultad de perfilar los contornos propios del delito de prevaricación puesto que, por un lado, pretende ser claramente diferenciado del acto nulo pero, por otro lado, puede apreciarse que ambos se aproximan al analizar la coincidencia al menos parcial entre las causas de nulidad y los grupos de situaciones que la jurisprudencia estima como generalmente equivalentes a una resolución prevaricadora.

### Bibliografía

- CASTRO LIÑARES, D., “De los delitos de prevaricación y malversación: Notas a propósito del “caso Minutas””, en PUENTE ABA, L. M. (Dir.), *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción: doctrina y análisis de casos*, Bosch, Barcelona 2015, pp. 285-327.
- FERNÁNDEZ CABRERA, M., “El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2017, pp. 1-7.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.
- HAVA GARCÍA, E., “Prevaricación de los funcionarios públicos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial III*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- JAREÑO LEAL, A., “El poder punitivo del Estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20-17, 2018, pp. 1-30.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos”, *Documentación administrativa: Nueva época*, nº 5, 2018, pp. 166-178.
- MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones acerca del delito de prevaricación: desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista”, *Revista de Empresa, Derecho y Sociedad*, nº 9, 2016, pp. 16-47.
- MUÑOZ CUESTA, J., “La difícil delimitación entre la infracción administrativa del funcionario y el delito de prevaricación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2010, pp. 31-38.



OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación de funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 1996.

PUENTE ABA, L.M., “La prevaricación urbanística: análisis de los principales supuestos problemáticos de su aplicación”, en PUENTE ABA, L.M. (Dir.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Comares, Granada 2017, pp. 131-165.

RODRÍGUEZ MORO, L., “Corrupción pública e intereses económicos de particulares: el "caso Matas": Especial referencia a los delitos de prevaricación administrativa, malversación y tráfico de influencias”, en PUENTE ABA, L.M. (Dir.), *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción: doctrina y análisis de casos*, Bosch, Barcelona 2015, pp. 139-191.

SANZ MULAS, N., “El delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP)”, en MUÑOZ CUESTA, J. / FUERTES LÓPEZ, F.J. / LERENA ORTIZ, J. (Coord.), *Tratado de responsabilidades penales en la Administración local*, COSITAL, Madrid 2015, pp. 235-258.

TORRES – DULCE LIFANTE, E., “Ilícito penal e ilícito administrativo en el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal”, en BARNÉS, J. (Coord.), *Entre Tribunales: Libro Homenaje a Pablo García Manzano*, Marcial Pons, Madrid 2018, pp. 403-406.



# DIÁLOGO ENTRE CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE GRUPOS VULNERÁVEIS

*Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>1</sup>*

*Maria Valentina de Moraes<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

A atuação das Cortes Constitucionais, nacional ou internacionalmente, tem como função principal a proteção de direitos humanos e fundamentais, aí incluída a proteção dos grupos vulneráveis, especialmente diante do caráter contramajoritário que caracteriza o Poder Judiciário e as instâncias de proteção internacional, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No Brasil, pode-se dizer, ainda, que é escassa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à proteção, por meio de políticas públicas, aos direitos de não discriminação e de grupos vulneráveis. Por outro lado, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos denota uma maior preocupação nesse sentido, sendo recorrentes casos envolvendo indígenas, grupos em vulnerabilidade, mulheres, dentre outros.

Utiliza-se, na pesquisa desenvolvida, o método dedutivo, sendo realizada uma análise teórica, no tocante às teorias que embasas as discussões trazidas no presente artigo, e jurisprudencial no que se refere à atuação das duas Cortes - STF e CORTE IDH - na proteção de direitos humanos e fundamentais dos grupos vulneráveis. Questiona-se, assim, quais são as diferenças no tratamento dos grupos em situação de vulnerabilidade pelo Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 Com Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

2 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPEs. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPEs e bolsa CAPEs no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGC1 nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>.



Discute-se, inicialmente, sob uma perspectiva dialógica, a relação entre ambas as Cortes, em nível interno e internacional, e como essa relação pode contribuir para uma maior efetivação no tocante a realização de direitos humanos e fundamentais de grupos em vulnerabilidade, analisando, ainda, de uma forma crítica, a atuação do Supremo Tribunal Federal no que concerne a esses direitos e sua implementação por meio de políticas públicas de não discriminação. De forma breve, se analisa, por fim, como vem ocorrendo na prática a atuação da Corte interamericana e do Supremo na proteção de direitos dos grupos vulneráveis e, ainda, esse processo dialógico entre as mesmas.

## 2 O diálogo entre cortes nacionais e internacionais: a necessidade de uma proteção ampliada dos direitos de grupos vulneráveis

Muitas são as críticas ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, especialmente em termos de soberania estatal e no que se refere à atuação da Corte Interamericana de Direitos. Pode-se afirmar, como resume Gorczeviski que ela "apenas julga se o Estado é ou não responsável por violações à Convenção Americana" - não atuando como uma quarta instância - e, ressalta-se, a todo *corpus iuris* interamericano (GORCZEVISKI, 2016, p. 187), devendo o juiz nacional "considerar en lo pertinente la CADH y el corpus iuris interamericano, debiendo realizar una interpretación de éste, considerando la jurisprudencia de la CORTE IDH, si existe, sobre la materia" (ALCALÁ, 2013 A, p. 521). O Brasil, como país signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, tendo também reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, autoriza, assim, a análise da convencionalidade das leis nacionais pela Corte IDH, sendo suas decisões definitivas e obrigatórias aos Estados, por disposição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CLÉMENT, 2009).

Embora não haja a possibilidade de revisão das decisões da Corte, a discussão acerca das mesmas não pode ser deixada de lado, pois "também o fenômeno do ativismo judicial pode ser aplicado às Cortes Internacionais"(LEAL, 2014, p. 134), sendo imperativa, nesse sentido, uma argumentação concisa no tocante as questões decididas pela Corte. Não se pode esquecer, contudo, que ao ratificar a Convenção Americana, por força do artigo 2º da Convenção, deve o país tomar medidas necessárias para que seu ordenamento interno esteja de acordo com o Pacto e que o nele estabelecido seja cumprido de uma forma efetiva (ALCALÁ, 2013 A).

Nesse sentido, as fontes internas e internacionais devem 'dialogar' entre si a fim de resolver a questão antinômica entre o tratado e a lei interna brasileira" (MAZZUOLI, 2010, p. 140), sendo imprescindível uma articulação entre Tribunais. Passa-se, então, a análise da teoria do diálogo jurisdicional, para compreender como poderia ocorrer essa relação dialógica no que se refere à jurisdição interna e externa. As relações





globais que foram se estabelecendo nas últimas décadas passaram a exigir dos Estados uma readequação do seu ordenamento jurídico, de forma a atender os mais diferentes tratados de proteção de direitos humanos e fundamentais, reconhecidos como direitos que necessitam de uma proteção para além do território nacional.

Dessa forma, já pode se perceber que os ordenamentos internos incorporaram diversos direitos contidos em pactos e tratados ratificados pelos Estados, em uma adequação do direito interno ao *corpus iuris* interamericano. No que se refere aos direitos de grupos vulneráveis, resta clara a intenção em garantir sua máxima efetivação internacionalmente - sendo, no Brasil, o único tratado de direitos humanos incorporado como Emenda Constitucional, pelo rito do parágrafo 3º do artigo 5º de nossa Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - retirando das mãos apenas do Estado a decisão sobre protegê-los.

Em razão desses novos rearranjos, e também diante da existência de órgãos como a Corte Interamericana, aos quais os países se submetem, há uma necessidade de que exista um diálogo entre os Tribunais internos e externos na interpretação dessas fontes de direito nacionais e internacionais. É nesse ponto em que o controle de convencionalidade se apresenta como um mecanismo eficaz de diálogo entre as Cortes internas e externas, vez que esse controle de convencionalidade que “deben practicar los jueces domésticos implica [...] que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el derecho convencional internacional o supranacional em su caso” (ALCALÁ, 2013 B, p.482).

O reconhecimento desses direitos internacionais e supranacionais assegurados especialmente em tratados faz com que se “implemente no âmbito doméstico os standards, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos” (PIOVESAN, 2012, p. 24), impactando em uma maior garantia desses direitos, dada sua importância. Salienta-se que não apenas os juízes, mas a administração pública e os órgãos a ela vinculados devem realizar um controle de convencionalidade e atuarem de forma a garantir a não violação da Convenção Americana (ALCALÁ, 2013 A).

As sentenças da corte ultrapassam apenas uma vinculação ao Judiciário, pois, sendo muitas vezes de caráter estruturante (AZEVEDO; LEAL; 2016), elas determinam *faceres* aos demais Poderes do Estado, já que não são raras as vezes em que as sentenças trazem condenações com caráter pecuniário ou mesmo vinculando o Estado à criação de leis - como no caso Brasileiro da anistia, onde no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, foi determinada a inconveniência da lei de anistia, devendo a mesma ser assim declarada em âmbito interno - e de políticas públicas. Aponta Rodríguez-Garavito (2011, p. 24) que as sentenças dos tribunais atingem diferentes segmentos da sociedade, exigindo um diálogo que ultrapassa a atuação judicial.



As noted, this constitutional dialogue involves a broader spectrum of stake holders in the monitoring process. In addition to the court and state agencies directly affected by the judgment, implementation involves victims whose rights have been violated, relevant civil-society organizations, international human rights agencies, and other actors whose participation is useful for the protection of the rights at issue, including grassroots organizations and academics.

Diante desses aspectos, as limitações tanto da jurisdição interna como também da jurisdição interamericana devem ser observados, existindo, como referido anteriormente, margens de atuação estatal que não encontram-se no campo de atuação da Corte IDH. Decisões mais dialógicas, nesse sentido, trabalham em uma lógica de reconhecimento de direitos fortes, medidas judiciais moderadas e um acompanhamento judicial posterior forte (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2014).

O diálogo estabelecido deve, desse modo, considerar as diferentes competências e os direitos envolvidos em cada questão, devendo, ainda, sopesar tanto a soberania do Estado, que sofrerá a condenação, como o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável por interpretar o direito internacional. Assim, se mostra de extrema importância, em virtude dos amplos efeitos que são trazidos com uma decisão interamericana, que haja a boa-fé dos envolvidos, com vistas a harmonizar o direito nacional com os padrões estabelecidos no *corpus iuris* internacional - os quais fixam padrões mínimos a serem atingidos em termos de direitos humanos (PIOVESAN, 2012).

Assim, "la idea básica de la revisión judicial dialógica es alentar interacciones – diálogos – entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta" (TUSHNET, 2014, não paginado), existindo um debate entre envolvidos que tenha a preocupação em trazer fundamentos que justifiquem a adoção de um ou de outro posicionamento. Essa perspectiva dialógica sustenta-se, especialmente, na argumentação e na interação entre Cortes - no caso aqui analisado entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, na dicotomia entre cortes internacionais e nacionais - podendo-se dizer que "la expresión 'demostrablemente justificado' es la clave" para se adotar uma interação dialógica entre jurisdições (TUSHNET, 2014, não paginado, grifado no original).

Embora haja uma maior vinculação de diálogo quando envolvidos o mais alto Tribunal brasileiro e a Corte, ao realizar o controle de convencionalidade, também um juiz nacional, singular, antes mesmo de a Corte Interamericana posicionar-se quando algum tema, pode interpretar de forma inovadora alguma questão. Como ressalta Alcalá (2013A, p. 506), "en tal sentido, el juez nacional puede desarrollar una interpretación innovadora. Él puede iniciar un diálogo en dirección del juez interamericano, el que luego puede ser retomado por este último". Todavia, o diálogo



entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não ocorre em condições ideais, não atingindo níveis satisfatórios, podendo se afirmar que

escassa ainda é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que implementa a jurisprudência da Corte Interamericana, destacando-se, até novembro de 2009, apenas e tão somente dois casos [...]. Levantamento realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros, aponta que 80 casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – enquanto que, reitera-se, apenas 2 casos remetam à jurisprudência da Corte Interamericana (PIOVESAN, 2012, p. 21).

Embora os dados colacionados sejam relativos ao período que se estendeu até o ano de 2009, o cenário envolvendo a abertura ao processo dialógico do Supremo Tribunal Federal em relação à Corte Interamericana não evoluiu significativamente – nesse sentido cabe observar os debates envolvendo a Lei de Anistia brasileira, os posicionamentos assumidos pela Corte – no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* – e pelo Supremo Tribunal Federal – na ADFP n.º 153 –, mas apresentou um maior reconhecimento do Poder Judiciário no que se refere às sentenças da Corte.

Mostra-se imprescindível que os tribunais conheçam os posicionamentos da Corte Interamericana e busquem conduzir o direito nacional de forma harmônica à Convenção Americana, trazendo para a jurisprudência interna os postulados de garantia dos direitos humanos que lá se encontram. No que se refere aos direitos de grupos vulneráveis, mesmo caminho é trilhado, ainda se mostrando necessária uma maior proteção em nível nacional quando comparada ao arcabouço jurídico existente internacionalmente e a efetividade que vem sendo dada a esses direitos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se verá.

### **3 Direitos fundamentais de grupos vulneráveis: da falta de efetivação nacional a uma ampla proteção interamericana**

O rol de direitos fundamentais e sociais contemplados pela Constituição Federal de 1988 é bastante abrangente, reconhecendo direitos como a igualdade, a não discriminação, saúde, educação, dentre outros, sendo encontrados direitos específicos, ainda, no que se refere à proteção de crianças, adolescente e idosos. Atualmente, também a proteção às mulheres e às pessoas com deficiência contam com um aparato legal que lhes garante, ao menos em tese, o pleno gozo de direitos decorrentes de condições peculiares.



Mesmo diante de um ordenamento jurídico rico em direitos protegidos constitucionalmente ou por leis especiais, o Brasil ratificou também uma série de tratados e acordos nesse sentido,<sup>3</sup> reconhecendo à proteção à mulher, aos migrantes, deficientes, crianças, e diversos grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade, também na ordem internacional. Dessa forma,

al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Por tanto, la Convención no sólo vincula a los Estados partes, sino que otorga garantías a las personas. Por ese motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado. (TRAVIESO, 1990, p. 90)

Essa dupla garantia, interna e externa, é "no sentido de ampliar e fortalecer a proteção" desses direitos (TRINDADE, 1993, p. 52), submetendo sua violação tanto à jurisdição nacional como interamericana. No tocante ao diálogo entre Corte Interamericana e Supremo Tribunal Federal envolvendo a proteção de direitos dos grupos vulneráveis, não existem casos em que existiu um diálogo efetivamente, pois, das seis condenações brasileiras, a manifestação do mais alto Tribunal brasileiro ocorreu em apenas um caso - Gomes Lund e outros vs. Brasil, relativo às violações ocorridas na Guerrilha do Araguaia, no período ditatorial, envolvendo também a lei de anistia - não existindo, ainda, manifestações nos casos mais recentes.

Entretanto, cabe apontar algumas diferenças significativas no tratamento destinado aos direitos dos grupos vulneráveis pela Corte IDH e pela mais alta Corte do país, que definem critérios de atuação das duas jurisdições. Observa-se, inicialmente, que a atuação das jurisdições implica, na maioria das vezes, uma prestação estatal, ou seja, "una intervención en un derecho fundamental consiste siempre en un hacer del Estado" (GRIMM, 2006, p. 171) e, sendo assim, a intervenção judicial em direitos fundamentais e sociais de grupos vulneráveis, exige do Estado a tomada de ações para sua concretização, se analisando aqui especialmente o viés das políticas públicas.

A postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante a essa questão, é no sentido de que a primazia em decidir e criar políticas públicas é dos demais Poderes do Estado - Executivo e Legislativo. A Corte sustenta seu entendimento, principalmente, na sua condição de garantidora de direitos fundamentais sociais,

3 Alguns dos tratados ratificados pelo Brasil, no tocante à proteção de grupos vulneráveis: "Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados" (1966); "Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial" (1965); "Convenção sobre os Direitos das Crianças" (1989); "Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará" (1994); "Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" (1999).



justificando sua intervenção na omissão (ou inércia governamental) dos demais poderes incumbidos constitucionalmente da realização daqueles, atuando de forma a suprir a lacuna deixada. Se extrai esse posicionamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175 - decisão emblemática no Brasil em termos de intervenção judicial na saúde -, onde o relator, Ministro Gilmar Mendes, aponta que “a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário” (BRASIL, STF, 2010, p. 41).

A construção jurisprudencial é constante neste sentido. Contudo, embora a possibilidade seja afirmada - e reiterada - nos fundamentos dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a decisão, ao final, não determina a concretização de uma política pública, ou seja, não há, de fato, o controle jurisdicional de políticas públicas propriamente dito, sendo determinado o atendimento do direito individual. Ainda, pode-se afirmar que a esmagadora maioria dessas decisões versa sobre direitos como saúde e educação, sendo parca a jurisprudência no tocante à proteção de grupos em situação de vulnerabilidade por meio de políticas públicas.

Já no que se refere às sentenças da Corte Interamericana, há um panorama diferente. Além de se encontrarem diversas decisões condenando os Estados em razão da violação de direitos humanos de mulheres, migrantes, crianças, pessoas com deficiência, dentre outras, há uma maior preocupação com os efeitos da decisão e sua vertente coletiva, não sendo raros os casos em que além das condenações pecuniárias, há a determinação da criação de políticas públicas ou ações envolvendo uma educação para direitos humanos, em nítido caráter preventivo, como se pode perceber no caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala.

El Estado debe, en un plazo razonable, incorporar al currículo del Sistema Educativo Nacional, en todos los niveles educativos, un programa de educación permanente sobre la necesidad de erradicar la discriminación de género, los estereotipos de género y la violencia contra la mujer en Guatemala, a la luz de la normativa internacional en la materia y la jurisprudencia de este Tribunal (CORTE IDH, 2015, p. 100).

E, ainda, no caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala, fazendo referência à implementação de uma política educacional “cuyo contenido refleje la naturaleza pluricultural y multilingüe de la sociedad guatemalteca, impulsando el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas, incluyendo sus cosmovisiones, historias, lenguas” daquela sociedade. (CORTE IDH, 2016, p. 112).

Dessa análise, pode-se perceber a adoção de critérios e meios de atuação diferentes nas duas jurisdições - nacional e interamericana - existindo uma atuação mais incisiva por parte da Corte Interamericana e mais individualizada no que se





refere ao Supremo Tribunal, sendo as decisões da Corte IDH mais fortes no tocante as determinações nela trazidas. Não se pode apontar, contudo, a existência de um diálogo - ao menos entre os dois Tribunais - quanto a proteção e efetivação de direitos de grupos vulneráveis, existindo ainda um longo caminho a ser percorrido em termos de proteção nacional desses direitos.

## 5 Conclusão

O diálogo entre jurisdições é uma forma de integrar as decisões nacionais e internacionais, sendo inegável a necessidade de uma articulação entre Corte IDH e Supremo Tribunal Federal brasileiro. Contudo, em termos práticos, percebe-se que são adotados critérios bastante diferentes no tocante a essa atuação jurisdicional, não se podendo afirmar a existência de um processo dialógico entre Cortes.

A jurisprudência brasileira em muito pouco se assemelha à da Corte, sendo pobre em termos de proteção de direitos de não discriminação pelo viés das políticas públicas. Por outro lado, a jurisprudência da Corte demonstra uma maior atenção a essa questão e traz como característica a determinação de ações e de políticas públicas que expandam os efeitos apenas individuais trazidos nas sentenças.

Mostra-se necessária, ainda, uma maior discussão e reconhecimento, no plano interno, da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para garantir uma máxima efetivação dos direitos humanos e fundamentais. A adoção de posturas dialógicas e o exercício de um diálogo efetivo entre as jurisdições interamericana e nacional apresenta-se como um caminho a ser seguido para uma maior concretização dos direitos dos grupos em situação de vulnerabilidade.

## Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. XIX, p. 511-553, 2013.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales y su deferenciación con el control de convencionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino americano. **Gazeta Jurídica**, Brasília, p. 465-544, 2013.

AZEVEDO, Douglas Matheus.; LEAL, Mônia Clarissa. A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: noções de “dever de proteção” do Estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes”. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, 21, 2016. p. 442-461.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010. DJ 30/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2017.



CLÉMENT, Zlata Drnas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuarta Instancia? *In*: CLÉMENT, Zlata Drnas. **Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?** Buenos Aires: La Ley, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala: sentença de 30 de novembro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_328\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf). Acesso em: 30 ago. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala: sentença de 17 de novembro de 2015 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2015. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_307\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf). Acesso em: 26 ago. 2017.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, p. 123-140, set./dez., 2014.

MOZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, São Paulo, v. 19, p. 67-93, jan./jul. 2012.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**, 89, p. 1-30, 2011.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *In*: GARGARELLA, R. **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Derechos humanos y derecho internacional**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1990.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, 1993.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. *In*: GARGARELLA, R. **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.



# A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE INTERPRETAR E LEGISLAR: OS PERIGOS DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO PARA A JURISDIÇÃO BRASILEIRA

*Caroline Muller Bitencourt<sup>1</sup>*

*Janriê Rodrigues Reck<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

Imagina-se que os juristas e doutrinadores brasileiros da atualidade não teriam dificuldade em afirmar que nas últimas décadas ampliou-se significativamente o papel interpretativo do Supremo Tribunal Federal; muito embora, possam discordar das razões ou mesmo da legitimidade de tal atuação. O fato é que o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de dizer o que “diz a Constituição” e também em “dizer o que a Constituição não diz”. Certamente é uma mera expressão para anunciar que em muitas decisões tem-se extrapolado os limites interpretativos. A linha é tênue e também perigosa entre a função de interpretar e legislar, a discussão sobre os limites da conformação dos poderes é e sempre será um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O Constitucionalismo contemporâneo na perspectiva da cultura jurídica vem vivenciado uma grande reformulação nas suas bases e matrizes teóricas, além de toda alteração normativa e legislativa. Das muitas causas que podemos atribuir, seja pela incorporação dos princípios, seja pela tentativa de alargamento e efetivação dos direitos fundamentais, seja pela aproximação metodologia de pensar o direito a partir tópica, (centrando-se na questão problema enquanto a normatividade se estabelece de forma periférica), seja por uma tentativa de aproximação moral ou com a ideia de justiça, o resultado é o mesmo: uma forte crítica ao positivismo e a extensão de doutrinas voltadas ao moralismo jurídico. Seria a culpa das doutrinas? Também nos parece que não, muito além da discussão da doutrina aplicada, poderia estar a sua correta compreensão e aplicação, a sua observação a partir da realidade brasileira, sem falar dos interesses pessoais, egoísticos, da popularização e da mediatização que se tornou a tarefa de “dizer a Constituição”. O direito enquanto ciência e a interpretação na perspectiva da atuação judicial no Brasil perdeu espaço para o causuismo, o moralismo e o subjetivismo de seus intérpretes. Entre o que

---

1 Doutora em Direito pela UNISC. Estágio Pós Doutoral pela PUC/Paraná. Especialista em Direito Público. Professora do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, da disciplina Teoria do Direito e no doutorado da disciplina de Controle social e administrativo de políticas públicas. Professora da graduação pós-graduação *lato sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do grupo de pesquisa, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: caroline.mb@terra.com.br.

2 Doutor em Direito pela UNISINOS. Professor do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal.



desejamos da teoria da Constituição no Brasil e o que ela se tornou na prática, há abismo jurídicos quase intransponíveis.

O problema que permeia esse breve estudo científico é: a atuação do supremo Tribunal Federal na condição de legislador positivo encontra legitimidade democrática da Constituição de 1988? A hipótese é que os déficits de atuação democrática do Supremo Tribunal Federal, seja em nome da leitura moral da Constituição ou mesmo da efetividade das normas Constituição não justifica o extrapolamento dos limites de conformação da atuação judicial e da usurpação da competência legislativa, caracterizando um solipsismo contrário a uma perspectiva democrática.

O discurso constitucional contemporâneo e a cultura jurídica têm experimentado uma acentuada reformulação nas suas bases teóricas, inclusive com sua interação aos diversos fatores que compõem a sociedade atual. A difusão das teorias do chamado neoconstitucionalismo, com a proposta de superação de algumas das principais teses do positivismo jurídico, tem refletido fecundamente na consolidação de uma renovada teoria da Constituição, pautada pela supremacia da ordem constitucional, na força normativa dos princípios constitucionais e na eficácia dos direitos fundamentais, certamente levaram ao protagonismo do Supremo Tribunal Federal e ao alargamento de seu papel interpretativo.

Às considerações finais, por mais provisórias que possam se apresentar ante a complexidade da temática, buscar-se demonstrar como as alterações ocorridas nos últimos anos da jurisdição constitucional que propiciaram um maior protagonismo no que toca o papel interpretativo do Supremo Tribunal Federal, também pode ser uma das causas do atual déficit democrático.

## **2 O papel da hermenêutica: interpretar interpretando e não negando o texto normativo**

Antes de tudo, é necessário relembrar que falar em interpretação, é tratar de uma atividade criadora e não meramente reprodutora. Nesse sentido, a interpretação é uma escolha entre múltiplas opções, uma decisão é uma unidade na pluralidade, ou seja, fazendo-se sempre necessária, por melhor formuladas que sejam as prescrições legais, face às múltiplas possibilidades que dela decorrem. A atividade interpretativa busca, sobretudo, reconstruir o conteúdo normativo, explicitando a norma em face do caso concreto.

Valendo-se das lições de Canotilho:

Interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da



interpretação da constituição: (1) interpretar a constituição é a busca do direito contido na lei constitucional escrita;(2) interpretar o direito contido na lei constitucional implica uma atividade - actividade complexa - que se traduz fundamentalmente na «adscrição» de um significado a um enunciado ou disposição lingüística;(3) o produto do acto de interpretar é o significado atribuído. A definição do texto põe em relevo a componente adscritivo-decisória da interpretação, afastando-se de uma concepção de interpretação como actividade meramente cognoscitiva ou dirigida ao conhecimento.<sup>3</sup>

Significa dizer inicialmente que a norma não está previamente contida no texto, pois texto e norma não se confundem, a norma é o produto da interpretação e, produzir é um ato de criação.<sup>4</sup> Trata-se por fim de dar relevância ao problema da interpretação enquanto atividade obrigatória dos órgãos estatais encarregados da aplicação da Constituição (Legislativo, Executivo e Judiciário) e, acima de tudo, no caso brasileiro, da interpretação da Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal, vez que ele tem por função precípua a "guarda da Constituição" (cf. art. 102, caput, CF 1988). Por isso, cabe a ele a última palavra em matéria de interpretação e - com isso - a última palavra em matéria de aplicação da Constituição de 1988.

A Constituição não é nem o rochedo de Gibraltar, o qual resiste bravamente à corrosão permanente do tempo e das circunstâncias, nem é tampouco um banco de areia, o qual lentamente desaparece nas ondas do mar. É muito mais aceitável compará-la com um trapiche flutuante, o qual, por um lado, se encontra fixo por sua âncora e que, por isso, não se transforma em um brinquedo das ondas do mar, mas, por outro lado, balança, subindo e descendo, com as mudanças do tempo.<sup>5</sup>

O entendimento tradicional da interpretação do Direito como atividade voltada apenas "para o conhecimento do Direito", e que assim a desvincula da prática do Direito, é um entendimento que esquece a (única) finalidade da existência do Direito: a sua existência como criação do homem (única e exclusivamente) para a solução de casos concretos, "(...) entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação".<sup>6</sup>

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007. 208.

4 GRAU, Eros Roberto. **Interpretação e aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros.

5 BECK, James Montgomery. Solicitor General USA, *The Constitution of the USA, 1921*, ed. alemã, 1926, p. 241). Tradução livre.

6 GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.





Segundo a nova hermenêutica o texto normativo é diferente de norma,<sup>7</sup> dado que a norma é a interpretação feita a partir de um texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos, disposições, preceitos, enunciados em normas. Assim, o que poderá ser construído na atividade do intérprete são os parâmetros, mas já parte-se dessa impossibilidade de cisão entre compreensão e aplicação.<sup>8</sup> Vale lembrar que os fenômenos da compreensão e interpretação ocorrem simultaneamente à aplicação, somente os argumentos que serão construídos *a posteriori*, pois a compreensão já aconteceu.

É nesse sentido que se pode afirmar que o texto legal não tem existência autônoma, logo, não é um objeto estático que oferece ao seu intérprete e aplicador um sentido universal de seu conteúdo normativo a qualquer tempo, pois não há atemporalidade em seu conteúdo, a interação entre intérprete e texto é um movimento. Nesses termos, o ler, compreender e aplicar as leis ou textos legais não pode ser concebido como um processo reprodutivo, haja vista que a um comando de vontade traz a carga de pré-compreensão de seu intérprete, tornando-o sempre algo criativo. Certamente quanto maior for a compreensão do todo, tanto das questões de faticidade quanto de validade tanto do momento da criação quando da interpretação da lei, melhor será o desempenho interpretativo do julgador.

No entanto, não se pode olvidar as contribuições que a hermenêutica filosófica trouxe para o desvelamento do processo interpretativo, especialmente ao exame dos pré-juízos que possibilitam a compreensão do intérprete. Implica dizer que para Gadamer a hermenêutica parte do estudo que considere as estruturas anteriores a compreensão, ou seja, as diversas formas de experiência humana sejam histórica, ética, filosófica, histórica, religiosa, dentre outras. Logo, não se está limitado a experiência científica.<sup>9</sup>

Serão os pré-juízos que determinarão toda e qualquer compreensão, pois não

---

6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 433.

7 Nesse sentido, conferir os seguintes autores: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito.** Introdução à teoria da metódica estruturante. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2007. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

8 Para Gadamer: “[...] algo como a aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido, nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação [...] se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.** 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 407-408.

9 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.** 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 410.



há “ponto zero”, a tradição o define enquanto sujeito jogado na sua historicidade. A compreensão é, portanto, inevitavelmente condicionada pelo horizonte de possibilidades dentro do qual crescemos e a partir do qual interpretamos os entes ou a nossa experiência do mundo.<sup>10</sup>

Contudo, não se pode confundir às pré-compreensões como a possibilidade de imersão do intérprete em seu subjetivismo:

Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe «inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que «conviria» fosse por ela perseguida». [...] Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele.<sup>11</sup>

A atividade interpretativa referente a questão constitucional é ainda mais árdua, haja vista o caráter amplo e aberto dos conteúdos constitucionais, somada a necessidade de concretização de seus preceitos. Por isso que o problema da interpretação da Constituição transformou-se no “problema cardeal da interpretação como fenômeno jurídico”.<sup>12</sup> Segundo Hesse, objetiva-se com o processo de interpretação constitucional: “é o de achar o resultado constitucionalmente correto por meio de um procedimento racional e controlável; o fundamentar esse resultado de modo igualmente racional e controlável, criando, desse modo, certeza e previsibilidade jurídicas, e não, ao acaso, o da simples decisão pela decisão.”<sup>13</sup>

Por tudo isso, a interpretação torna-se em si, também o próprio objeto da ciência do direito:

O objeto ciência do direito é a totalidade das regras jurídicas e instalações, ordenadas juridicamente, da vida social humana [...] a ordem jurídica em suas diferentes formas. Nisso, normas e instituições, são, por assim dizer, seu material-base. Mas ela também tem de ocupar-se com a criação e a aplicação de normas, assim como o manejo do ‘aparato jurídico’ pelo ‘quadro jurídico’.<sup>14</sup>

10 OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta Lingüística –pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 225-248.

11 STF (RTJ 161/674). Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp>

12 STERN, Klaus. **Derecho Del Estado da República Federal da Alemanha**. Madrid: Madrid, 1987. p. 280.

13 HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 37.

14 HOLLERBACH, Alexander. **Ciência do Direito**. Tradução de Eduardo Schenato Piñero. (In) HECK,



Discorrido acerca das questões preliminares no que se refere à interpretação com um processo de criação do direito, no qual o intérprete limitado por seus condicionamentos de sentidos é lançado em uma tarefa quase hercúlea de buscar a melhor resposta através de processos racionais de justificação, importa verificar como tal papel de intérprete foi ampliado em decorrência da atuação política e muitas vezes moral do Supremo Tribunal Federal no sentido de corrigir o texto, independente dos seus limites semânticos.

Não restam dúvidas que para a dogmática há uma tendência em associar o Direito com um tipo de produção técnica, em que dentro dessa ordem os juristas podem explorar diferentes combinações para determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis. Nesse sentido é que os pressupostos positivistas, especialmente kelsiano, em um sistema escalonado de normas, seriam capaz de subtrair qualquer juízo de valoração de uma questão iminentemente jurídica.

A crítica interessante expressa por Warat<sup>15</sup> começa por um ponto específico que o positivismo estrito negou em enfrentar: é preciso dizer não só qual é a norma, mas o que ela significa. Essa significação normativa é que abarca uma série de conteúdos que nem ao longe se encontram expressos. Assim, é errado dizer que os dogmas trabalham com certezas, antes pelo contrário, seu objeto é a incerteza, que, justamente pela existência dos dogmas, estas deixam de existir. Segundo Oliveira:

O primeiro passo nessa nova experiência consiste em superar a postura objetivante na consideração da linguagem: a linguagem não é simplesmente um objeto presente que está diante de nós, mas todo pensar já se movimentou no seio da linguagem, ou seja, se articula numa abertura, num espaço lingüisticamente mediado, no qual se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas. Quando falamos da linguagem, diz Heidegger, nunca abandonamos a linguagem, mas sempre falamos a partir dela. Nosso ser-no-mundo é, portanto, sempre lingüisticamente mediado, de tal maneira que é por meio da linguagem que ocorre a manifestação dos entes a nós.<sup>16</sup>

---

Luis Afonso. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Vários tradutores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

15 WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito, II: Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

16 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1995. p. 206.



Não há dúvidas que o uso da linguagem tanto sob a perspectiva semântica como pragmática sempre haverá espaços para a interpretação, contudo, é necessário compreender que igualmente importante interpretar na perspectiva de adequar a norma dentro de texto e contexto, não pode ter como resultado o abandono da função dos poderes e seus sistemas de controle, nesse caso, os fins não justificam os meios. O direito com certeza é um fenômeno social, da sua estrutura dependem sua complexidade, função e competência. A prática do direito é sim uma prática argumentativa, em que todos os envolvidos compreendem que aquilo que é permitido ou exigido por ela dependerá da verdade de certas proposições que só adquirem sentido em seu próprio âmbito, autoproduzindo-se, legitimando seu próprio procedimento.

Contudo interpretar não pode significar negar o próprio texto em nome do contexto, também não se pode negar a ação democrática que envolve o processo legislativo e democrático, que não deve ser desconsiderada na interpretação judicial.

### 3 O Supremo Tribunal Federal e a atuação como legislador positivo: entre subjetivos e moralismos jurídicos os riscos a democracia

O Supremo Tribunal Federal é o intérprete final da Constituição e lhe cabe zelar pelas regras do jogo democrático, devendo o controle realizado pelo STF ser majoritariamente, técnico-jurídico, e não meramente político-ideológico. Deve então o Supremo ser acima de tudo o guardião de um processo dialógico da formação da vontade constitucional, garantindo-se via argumentação jurídica, a clareza de suas razões. Não se pode olvidar, que ele goza de uma posição de primazia na determinação do sentido e alcance da Constituição e das leis, pois lhe cabe dar a palavra final, que vinculará os demais poderes.<sup>17</sup> Contudo, não seria também compatível a figura do Supremo a criação jurisprudencial, as avessas do texto normativo ou mesmo em total desconsideração a legitimidade democrática que se reveste o legislador.

Não se está aqui defendendo um retorno ao positivismo exegético, isto é, o positivismo rígido que tem como foco a letra da lei em sua literalidade, remontando a antiga ideia de juízes “boca da lei”, mas por outro lado não é possível conferir tamanha discricionariedade aos juízes, que se utilizam dos princípios ou em nome do moralismo jurídico travestido de concretização dos direitos fundamentais como forma de moldar as decisões aos desejos sociais ou suas subjetividades. Para Streck,<sup>18</sup> esse “novo modelo” de Juiz, abandonou a perspectiva de juiz boca da Lei, para tornar-se o Juiz “dono da lei”, ou seja, a lei passou a sujeitar-se aos juízes e não o contrário.

17 BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

18 STRECK, Lênio. **O que é isso? Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.



É uma inversão do império da Lei para o império dos juízes, daí o porquê “decido conforme minha consciência”. A hermenêutica deve atuar justamente na luta contra decisões arbitrárias, não pode em nome da Constituição e de sua efetividade violar o Estado de Direito, não é possível violar os direitos fundamentais em nome dos direitos fundamentais, vale o mesmo para em nome de salvar a democracia, menos democracia! caminho justamente de luta contra decisões arbitrárias. Ela não trata-se mais de mera reprodução, mas sim de produção, haja vista que, ao contrário do que se pensava, compreender se faz necessário para interpretar, e não o contrário. Para Gabardo há causas evidentes e uma delas é também a tentativa de leitura moral do direito e da Constituição:

Particularmente, os métodos do constitucionalismo e os mecanismos hermenêuticos do positivismo foram talvez os mais impactantes no contexto da modernidade. Entretanto, a pretensão de universalidade de ambos talvez tenha consistido em um “calcanhar de Aquiles”. Afinal, grandes teorias fundadas em abstrações dependem em larga medida das condições históricas e do ordenamento jurídico local. Este é um dos motivos pelos quais é relevante a consideração de uma “sociologia do conhecimento” para a compreensão do fenômeno – como, aliás, seria de se esperar de uma teoria chamada de positivista, e o mesmo pode-se dizer do constitucionalismo do século XX. De todo modo, apesar do forte núcleo comum contratualista-universalista da metodologia predominante na modernidade jurídica, o reconhecimento das insuficiências do positivismo jurídico nesta relação talvez tenha sido a razão pela qual Ronald Dworkin procurou descrever o fenômeno da leitura moral da Constituição estadunidense (descrição esta, em si mesma, um trabalho mais empírico que teórico). Após a elaboração intelectual-abstrata desta chamada “leitura moral”, ela veio para o Brasil e aqui se tornou o que chamamos de “doutrina” (e, portanto, dotada de certa autoridade). Isso ocorreu não só no Brasil, mas em vários locais (predominantemente fora dos Estados Unidos) e espargiu efeitos, influenciando interpretações sobre o Direito em diferentes realidades. Estas interpretações são muito ecléticas. Há aquelas, por exemplo, que se utilizam da teoria para a compatibilização entre democracia e constitucionalismo a partir dos direitos fundamentais. Em vários países esta abertura possibilitou um ativismo judicial interessante para a promoção de direitos e estabilização do sistema. Todavia, algumas delas são paradoxais; outras são deslocadas. E este parece ser o caso da utilização da separação entre Direito e moral na prática do pós-positivismo à brasileira (sintoma de um certo “metapositivismo”).<sup>19</sup>

19 GABARDO, Emerson. **Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. p. 68 Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/847>.





Não restam dúvidas que tal posição de primazia na interpretação constitucional, além de lhe conferir inúmeros poderes, afinal, é o STF que em última e, portanto, irrecorrível instância vai dizer o que o diz a Constituição, ao menos aquilo que na práxis será determinado ao caso concreto.<sup>20</sup> Certamente estará sujeito a crítica como qualquer outro poder, obviamente fruto das implicações de uma legitimidade democrática.

O método que se destaca quando a atividade é demasiadamente criadora do Supremo Tribunal federal é o método da interpretação conforme a Constituição, pois é o que mais aproxima o STF da figura de legislador positivo. Primeiramente, defende-se que é um método na nova hermenêutica constitucional do com intuito de atribuir sentido uníssono ao texto (se é que tal situação seria possível), e outra, que seria uma técnica de correção de constitucionalidade, no sentido de evitar novo processo legislativo, haja vista a possibilidade de preservar o texto através de uma interpretação que se coadune com a Constituição.

Também suas conceituações estão relacionadas a princípio de conservação da ordem constitucional<sup>21</sup> como já exposto na citação supra, ou seja, seria um princípio imanente da Constituição, pois certamente há a obrigação que todos os conteúdos dos textos normativos estejam com ela compatíveis, ou seja, que seja a Constituição o parâmetro de qualquer face interpretativa. Contudo, evidente é a sua vinculação com o controle de constitucionalidade das normas, haja vista o seu próprio fundamento, o de compatibilidade vertical, ou supremacia constitucional.

Canotilho, traz uma conceituação de forma contemplar ambas as possibilidades:

O princípio da interpretação conforme a Constituição é um princípio geral de interpretação que, no domínio específico da jurisdição constitucional, remonta ao velho princípio da jurisprudência americana segundo o qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with de Constitution*. O princípio tem sido interpretado no sentido do *favor legis*, ou no plano do direito interno, e do *favor conventionis* no plano do direito internacional. Conseqüentemente, uma lei ou um tratado internacional só devem ser declarados inconstitucionais quando não possam ser interpretados conforme a Constituição. O sentido do princípio da interpretação conforme não deve ser apenas o do sentido do *favor legis*, ou do *favor conventionis*, conducente à sua caracterização como simples meio de limitação de controle jurisdicional. Se assim

20 Diga-se que esse trabalho não adota uma postura vinculada ao realismo jurídico, muito bem situado e criticado por Hart, apesar das inúmeras “más compreensões da obra do autor”, de que o mesmo diria que o Direito é o que os tribunais dizem que é. Ver: HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Os fundamentos de um sistema jurídico. p. 140-148.

21 STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.



fosse, seria um simples princípio de conservação das normas. Ora, o princípio da interpretação conforme é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. Desta forma, é mais um princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico normativa do que um simples princípio de conservação das normas.<sup>22</sup>

Miranda compreende que a interpretação conforme não se limita a declarar apenas uma interpretação da norma, mas se localiza no âmbito de um verdadeiro controle de constitucionalidade, pois, ao lhe atribuir o sentido possível, acaba por excluir interpretações conhecidas e até mesmo aquelas que poderiam vir a ser formuladas.<sup>23</sup> No que se refere aos limites da interpretação conforme e da competência jurisdicional, indagação importante é feita por Canotilho, no sentido de se questionar se a complementação jurídica em conformidade com a Constituição poderá se revestir na forma de interpretação correta da lei conforme a Constituição? A resposta não passa por um abandono ou uma “atropelo” à liberdade de conformação do legislador, pois está existe e deverá ser salvaguardada. Contudo, dentro do espaço de conformação do legislador não há nada que justifique “salvar” uma lei se nela todos seus sentidos possíveis contrariam a Constituição.<sup>24</sup>

Para Bonavides, certamente uma norma pode e vai admitir várias interpretações, mas essas interpretações poderão a conduzir a um caminho que lhe acarreta a constitucionalidade ou mesmo a inconstitucionalidade das normas. O intérprete, adotando o método da interpretação conforme a constituição deve inclinar-se a adoção de uma interpretação que lhe garanta a constitucionalidade da norma em comento, sem que isso lhe propicie a alteração de seu texto.<sup>25</sup> Interpretar conforme a Constituição não pode significar uma interpretação contra *legem*, ou a desconsideração do texto produto do próprio legislador.

No que se refere aos possíveis limites da interpretação conforme, observa-se às lições de Mendes:

Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador. O princípio da interpretação conforme não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda a melhoria ou aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração de conteúdo da lei

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p.1310.

23 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2001. p.73.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op.cit. 1311-1312.

25 BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**. 21. edição. São Paulo: Malheiros, 2007



mediante pretensa interpretação conforme significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir nova conformação à matéria.<sup>26</sup>

Os limites são muito tênues entre uma interpretação conforme e uma sentença aditiva. Simplesmente dizer que não pode se opor ao sentido literal do texto, também não nos diz nada, pois há muito se trata que a interpretação não se resume a exegese, logo, se toda a decisão é uma criação, discutir os limites dessa criação em mar de possibilidades de significação semântica e sistêmica de conteúdos, é quase uma tarefa hercúlea. Basta lembrar os precedentes da jurisprudência brasileira, no que toca a ADPF 186, ADPF 54 ou a ADPF 132 e ADI4277,<sup>27</sup> onde se recorreu a interpretação conforme para o deslinde da causa.

Para Gabardo, tanto a resposta pragmática e a metodologia hermenêutica estão arraigadas no inconsciente coletivo tanto dos operadores do direito como da comunidade em geral. A exposição de caráter político do Supremo Tribunal Federal a seu ver é extremamente problemática, devendo guardar a máxima distância pública das questões que precisam decidir, não é recomendável que o que pensam nessas pautas sejam publicizado mesmo antes de suas decisões, seja nas inúmeras palestras que proferem, nas entrevistas que concedem, ou qualquer outro meio midiático. Para Gabardo, “[...] não é isso o que vem ocorrendo, haja vista às “ligações perigosas” entre os integrantes do STF e a cúpula do Executivo e Legislativo, sempre sugerindo a existência de preferências políticas que sem dúvida podem afetar a legitimidade decisional”.<sup>28</sup> A popularização e a midiáticação envolvendo o Poder Judiciário brasileiro os coloca como protagonista das demandas políticas e sociais, invertendo-se muitas vezes a lógica dos próprios poderes republicanos: “A complexidade do assunto, entretanto, exige forte reflexão e difícil tomada de posição”.<sup>29</sup>

Para exemplificar os debates desenvolvidos nos tópicos acima, busca-se

26 MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 290.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Origem RJ – Rio de Janeiro. Relator Min. Aires Britto. Requerente. Governo do Estado do Rio de Janeiro. DJ Nr. 198 do dia 14/10/2011. Acórdãos Acórdãos Plenário. e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 - Ação direta de inconstitucionalidade. Origem DF – Distrito Federal. Relator Min. Aires Britto. Requerente: Procuradoria Geral da República. DJ Nr. 198 do dia 14/10/2011. Acórdãos Acórdãos Plenário.

28 GABARDO, Emerson. **Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. P. 68. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/847>

29 GABARDO, Emerson. **Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. P.72 Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/847>.



enfrentar exemplificativamente alguns julgados do STF que a nosso sentir, envolvem o papel criativo e a atuação do Tribunal como legislador positivo, rompendo em nome da efetividade, do moralismo jurídico ou mesmo da concretização de direitos os limites interpretativos. Não se trata de analisar aqui as intencionalidades de nem mesmo as razões de fundamentação e argumentação, mas demonstrar que em algumas decisões os limites semânticos do texto são simplesmente desconsiderados pelo STF no âmbito de suas decisões, gerando um déficit democrático.

#### 4 Exemplificando a crítica: encruzilhadas jurídicas e morais quando o Supremo Tribunal Federal diz o que a Constituição não diz

Evidente que os casos limítrofes envolvendo a “zona de penumbra”, no sentido de usado por Hart<sup>30</sup> são em números significativamente menores na jurisprudência de um Tribunal, comparando-se àquelas decisões em que se resolve com a mera aplicação do texto legal, quando não há dúvidas quanto a aplicação da regra em questão. No entanto é errado pensar que medindo os erros e acertos o saldo seria positivo, afinal, não é apenas a decisão que está em questão, mas a legitimidade da Jurisdição constitucional em termos interpretativos e, conseqüente, democráticos, afinal, são estas as decisões causadoras dos maiores impactos políticos e sociais, colocando a atuação do Supremo Tribunal Federal no centro dos debates da comunidade jurídica e da comunidade em geral.

O primeiro exemplo que gerou grandes debates no Brasil foi o julgamento do Habeas Corpus 152.752<sup>31</sup> no Supremo Tribunal Federal, alterando sua jurisprudência ao conceber a tese de prisão em 2ª instância, contrariando a literalidade do 5º, LVII<sup>32</sup> da Constituição Federal, o qual garante que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença, ou seja, se ninguém pode ser preso antes de ser considerado culpado, o trânsito em julgado evidentemente era a condição essencial para determinar a restrição de liberdade.

Os debates que conduziram tal julgado, foram cercados pelas constantes manifestações públicas e midiáticas que ressaltavam o Brasil como um país de muita impunidade e do quanto se estende no tempo as condenações penais do Brasil.

O segundo julgado que merece um olhar atento foi o caso de um Advogado

30 MACCORMICK, Neil. **H.L.A. HART**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

31 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 152.752. Relatório de Luis Roberto Barroso. Acesso em 12 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>.

32 Não há dúvidas que o caso é absolutamente complexo e deu ensejo a frutíferos debates entre penalistas e constitucionalistas, contudo, aqui é utilizado no sentido de demonstrar o quanto foi desconsiderado o Texto Constitucional. Uma leitura bastante detalhada dos argumentos pode ser feita no texto de HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)*. Direito do Estado, n. 86, 2016.



denominado Rodrigo Mezzomo impedido de candidatar-se nas últimas eleições à prefeitura do Rio de Janeiro por não fazer parte de partido, que em um Recurso Extraordinário levou ao Supremo Tribunal Federal, o pedido de candidatura avulsa, contrariando expressamente o texto Constitucional do art. 14 parágrafo 3º<sup>33</sup> que exige como condição de elegibilidade a filiação partidária.<sup>34</sup> Como no Brasil é condição de juízo de admissibilidade do Recurso extraordinário a demonstração da repercussão geral, através da transcendência da matéria e sua relevância. Apesar do processo ser analisado muito após as eleições, o ministro Luís Roberto Barroso, então relator do processo disse que: “é possível superar a questão da prejudicialidade para privilegiar a importância do tema e seu reflexo em casos similares”. Por mais relevante que o tema possa ser, bem como, por mais que tal hipótese possa ser admitida em outros países, a Constituição é absolutamente clara e expressa na obrigatoriedade da filiação partidária, ou seja, não é possível simplesmente desconsiderar a opção do Constituinte, que a nossa vez se coaduna inclusive com a importância da democracia pluripartidária brasileira.

Outro caso que se destacou foi o do Habeas corpus coletivo, HC 143641 julgado pelo Tribunal de São Paulo cuja revisão estava a cargo do STF,<sup>35</sup> modalidade não prevista na legislação brasileira, não utilizada anteriormente pelos Tribunais, justamente pela incompatibilidade com as regras jurídicas que se relacionam com esse remédio constitucional, tais como, identificar o paciente (quem sofreu a violação a liberdade), a autoridade coatora, a ilegalidade da conduta, tudo isso obviamente pensando-se no caso concreto em que ocorreu a violação a liberdade de locomoção. Obviamente que o argumento jurídico foi devidamente fundamentado, especialmente na perspectiva do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que garante que juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal, no curso do processo e sem provocação, bem como o art. 580 do Código de Processo Penal que permitiria a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. Ainda, também foi sustentado o art. 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O caso se relacionava as constantes violações a gestantes e mães de crianças,

33 § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: (...). CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_03.07.2019/art\\_14\\_.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_03.07.2019/art_14_.asp). Acesso Barroso. Acesso em: 12 jun. 2019.

34 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 152.752. Relatório de Luis Roberto Barroso. Acesso em 12 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>.

35 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 143641. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 24 jun. 2019.





no âmbito da prisão cautelar contrárias as disposições Lei 13.257/2016 que alterou o Código de Processo Penal e possibilita a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, situações que em muitos tribunais não vem sendo acatada, haja vista que o sistema prisional não estão preparados de forma adequada para atender à mulher presa.

Alegaram âmbito da interpretação constitucional que tal postura corrobora com a tradição do Supremo Tribunal Federal em conceder maior amplitude a esse writ. Não se esta aqui discutindo o mérito e menos ainda a intencionalidade, mas sim os limites interpretativos, uma vez que o próprio STF na tradição constitucional brasileira dispõe de uma série de mecanismos para fazer valer com efeito erga omnes suas posições, sem necessitar criar por jurisprudência nova figura e instrumentos processuais, lembrando que temos ações do Controle Concentrado, Súmulas Vinculantes, etc.

O julgado de 2018 que causou certo desconforto pela sua mudança interpretativa, especialmente por criar limites não expressos no texto constitucional, foi a Ação Penal 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso. A nosso juízo, tal decisão nitidamente tinha a função de atender o clamor social e a moralização das relações políticas no Brasil.

Compreendeu o STF acerca das normas da Constituição de 1988 que estabelecem o foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente. Sendo assim, a redação do art. 53, § 1º determina que “Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”, que sempre foi interpretada no sentido que abrange todos os crimes cometidos antes e após a diplomação; a partir de tal decisão ocorreu um importante recorte, que se trata de 1) Crimes cometidos após a diplomação, e 2) guardar relação com o mandato, o que exclui qualquer crime comum. Outra preocupação da decisão era justamente o deslocamento de competência após se encerrar o mandato, ficando assim sustentado pelo STF: 1) se o réu deixou de ocupar o cargo antes de a instrução terminar, nesse caso o STF deve ser remetido para a 1ª instância, pois terá cessado sua competência, 2) caso o réu não ocupe mais o cargo após o encerramento da instrução, ele permanece competente para seu julgamento. sendo competente para julgar a ação penal.

Pode-se resumir o julgamento a partir do exposto no Informativo do STF:

Vencido, em parte, o ministro Dias Toffoli, que, em voto reajustado, resolveu a questão de ordem no sentido de: a) fixar a competência do STF para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; b) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais cargos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não



com a função pública em questão; c) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem; d) reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria; e) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei 8.038/1990, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal.<sup>36</sup>

Tema que causa certa perplexidade pelo aspecto semântico é também o julgamento do STF julgamento do Mandado de Segurança (MS) 27931, relatado pelo ministro Celso de Mello, e decidiu que o trancamento da pauta da Câmara dos Deputados por conta de medidas provisórias (MPs)<sup>37</sup> em relação ao Art. 62, § 6º, da Constituição Federal, que nos diz que passados 45 dias da entrada da Medida Provisória editada pelo Presidente da República que aguarda votação no Congresso Nacional, esta entrará em regime de urgência, sobrestando segundo a literalidade do texto “todas as demais deliberações”, até que se ultime sua votação na casa em que estiver tramitando. Evidente que é uma forma de pressionar o Congresso a apreciar a medida provisória, uma vez que seu prazo de validade é de 60 dias, podendo ser prorrogada uma vez por igual período. Pois bem, decidiu o STF que o termos “todas as demais”, deve ser lido como apenas “leis ordinárias”, uma vez que a medida provisória incidiria em matérias que sejam objeto de Lei ordinária e não das demais espécies, atribuindo-lhe uma interpretação conforme a Constituição. Portanto, restaria excluídos do âmbito de incidência das medidas provisórias, como dispõe o art. 62, § 1º, da CF, em consequência, as propostas de emenda à Constituição, os projetos de lei complementar, os projetos de decreto legislativo, os projetos de resolução e, até mesmo, tratando-se de projetos de lei ordinária, aqueles que veiculassem temas pré-excluídos, por determinação constitucional.

Outra questão de ordem mais técnica foi a mutação constitucional atribuída ao

36 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo n. 900 Brasília, 30 de abril a 4 de maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

37 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança (MS) 27931, relatado pelo ministro Celso de Mello. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS27\\_931CM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS27_931CM.pdf). Acesso em: 24 jun. 2019.



art. 52, X<sup>38</sup> da Constituição Federal, o qual expressamente determinava ao Senado a “suspensão de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, nas ações do controle difuso de constitucionalidade, após o STF apreciar em sede de recurso extraordinário uma contrariedade a Constituição, uma vez decidida a matéria, para sua decisão ter efeito erga omnes e vinculante era necessário a atuação do Senado, suspendendo a norma declarada inconstitucional em sede de Recurso Extraordinário. Esta atuação sempre concebida como ato discricionário do Senado, mesmo em respeito a separação de Poderes, disposto no art 2º da Constituição e em consonância com o histórico papel do Senado federal desde a Constituição de 1934, sofreu para alguns Ministros do STF uma mutação constitucional.

O caso versava sobre a declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, do artigo 2º da lei Federal 9.055/95, relativa a utilização de amianto no Brasil: “*o asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.*”, seguido do julgamento ADI 3.406 e 3.470, propostas contra a lei 3.579/01 do Estado do Rio de Janeiro que proibiam a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da Federação. O que pretendemos chamar a atenção é justamente para os argumentos dos Ministros que apreciaram a matéria, especialmente do ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional, propondo que o papel do Senado seja vinculante a decisão emanada pelo Supremo que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF, mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte.

Todas essas decisões exemplificativamente demonstram que o Supremo Tribunal Federal tem inovado no ordenamento jurídico, em muitas situações desconsiderando os limites semânticos do texto constitucional, dizendo muito além dos limites hermenêuticos propostos pelas novas teorias interpretativas.

Não é preciso lembrar que o excesso de atuação judicial, demonstra o quão imatura ainda é a democracia brasileira, que prefere juízes como legisladores, independente de sua legitimidade democrática no papel de “recriar” a Constituição.

38 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo n. 886. Brasília, 27 de novembro a 1º de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.



## 5 Considerações finais

As conclusões de um trabalho são sempre um fragmento pormenorizado de reflexões que apenas se iniciam em um ensaio científico, quanto mais, em se tratando da envergadura da temática aqui abordada. Logo, pretende-se uma breve contextualização das abordagens realizadas e uma provocação para gerar maiores reflexões de fundo.

Há muito se sabe da atividade criativa de uma interpretação, mais do que reproduzir o conteúdo do texto o intérprete é um elemento que se revela nesse processo interpretativo. Sabe-se que toda interpretação necessita da historicidade e das pré-compreensões, afinal, não há um ponto zero. Portanto, é na clareza do processo, é na existência de canais deliberativos e no esforço argumentativo dos intérpretes que incide a possibilidade de correção. No entanto, como tudo em uma democracia há limites.

A doutrina brasileira tem debruçado esforços em analisar as profundas transformações ocorridas nos últimos tempos em torno da atuação do Supremo Tribunal Federal. Aqui traçou-se essa discussão a partir de alguns julgados que podem relevar o extrapolamento da função interpretativa do Supremo Tribunal federal, caminhando para uma função de legislador positivo, fazendo o papel que não lhe foi democraticamente conferido na perspectiva da democracia brasileira no âmbito da Separação de Poderes e funções.

Acredita-se que em nome da proteção de direito fundamentais, não se pode violar outros direitos fundamentais, em nome da efetividade constitucional não se pode esquecer e abandonar garantias processuais, acredita-se que os déficits e erros da democracia, devemos combater ainda com mais democracia. Evidente que tais questões merecem maiores reflexões e intelecções críticas por parte da doutrina brasileira, no sentido de construir possibilidades de controle e correção tanto da possível ampliação da discricionariedade em tempos de crítica ao papel do Supremo Tribunal Federal ante a possibilidade de uma postura que lhe assemelhe a um verdadeiro legislador positivo das normas no direito brasileiro.

## Referências

- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BECK, James Montgomery. Solicitor General USA, *The Constitution of the USA*, 1921.
- BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/>



atividade/const/con1988/con1988\_03.07.2019/art\_14\_.asp. Acesso Barroso. Acesso em: 12 jun. 2019.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.** | Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. P.68 Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/847>.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 433.

GRAU, Eros Roberto. **Interpretação e aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2000.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Direito do Estado**, n. 86, 2016.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Os fundamentos de um sistema jurídico.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOLLERBACH, Alexander. Ciência do Direito. Tradução de Eduardo Schenato Piñero. *In*: HECK, Luis Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Vários tradutores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. HART**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. Introdução à teoria da metódica estruturante. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta Lingüística – pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 225-248.

STERN, Klaus. **Derecho Del Estado da República Federal da Alemanha**. Madrid: Madrid, 1987.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

STRECK, Lênio. **O que é isso? Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 152.752. Relatório de Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 12 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 143641. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 24 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 152.752. Relatório de Luis





Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 12 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo n. 886. Brasília, 27 de novembro a 1º de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança (MS) 27931, relatado pelo ministro Celso de Mello. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS27\\_931CM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS27_931CM.pdf). Acesso em: 24 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo n. 900 Brasília, 30 de abril a 4 de maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito, II: Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.



# A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DOS TRABALHADORES NAS SITUAÇÕES DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

*Suzéte da Silva Reis<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

Muito embora a escravidão tenha sido formalmente abolida em todos os países do mundo, muitos trabalhadores ainda são submetidos ao trabalho em condição análoga a de escravo, caracterizado pelas formas precárias e pelo trabalho degradante, pelas jornadas excessivas, pela falta ou baixa remuneração, pela servidão por dívida, dentre outras formas de exploração do trabalho humano que afrontam a proteção constitucional e o ordenamento jurídico. Assim, no presente estudo, a partir do método dedutivo, pretende-se verificar se a atuação do poder judiciário contempla a proteção à dignidade dos trabalhadores submetidos ao trabalho escravo contemporâneo.

Adota-se, no presente trabalho, a expressão trabalho escravo contemporâneo como opção para alertar para as contínuas práticas de exploração do trabalho humano em condições degradantes e indignas. Trabalho escravo é, portanto, uma forma reduzida de trabalho em condição análoga a de escravo e que representa uma antítese ao trabalho decente.

Diferentemente do que ocorria no século XIX, a escravidão contemporânea não se limita apenas à exploração do trabalho com privação de liberdade ou se restringe às áreas rurais. Ao contrário, hodiernamente, o trabalho escravo está presente nos centros urbanos, nos segmentos do vestuário, na construção civil e, inclusive, nos meios de comunicação, com a exploração do trabalho de crianças e adolescentes com idade abaixo da idade mínima permitida para o trabalho.

Seja como for, o trabalho escravo é uma afronta aos direitos humanos e fundamentais. Além disso, viola a dignidade humana, que é o princípio basilar que sustenta todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, entende-se que toda e qualquer forma de trabalho escravo deva ser combatida e eliminada. Para tanto, faz-se necessária a atuação conjunta de todos os atores sociais, especialmente do judiciário.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado - e do Curso de Graduação em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Princípios do Direito Social do Trabalho”. E-mail: sreis@unisc.br



## 2 A realidade do trabalho escravo contemporâneo

No Brasil, a escravidão foi abolida formalmente em 1888, com a assinatura da Lei Áurea. Entretanto, a prática da exploração do trabalho humano em condições degradantes, com jornadas exaustivas, a servidão por dívida, a privação de direitos, dentre outras formas, ainda permanece. Em termos práticos, resta caracterizado o trabalho escravo. Todavia, a correta definição conceitual ainda é gera dúvida.

Para uma melhor definição, compartilha-se os ensinamentos de Brito Filho<sup>2</sup> que defende que a denominação mais adequada seria trabalho em condição análoga à de escravo, conforme previsão do art. 149 do Código Penal, tendo em vista que a escravidão não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a utilização da expressão trabalho escravo tem sido utilizada como uma forma reduzida e com o objetivo de chamar a atenção para a violação do principal bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, que é a dignidade humana.

Porém, há divergências acerca da nomenclatura a ser utilizada e até mesmo dos requisitos para caracterização da escravidão. O Supremo Tribunal Federal entende que, para caracterizar o trabalho escravo contemporâneo, é imprescindível a presença do fator da violação da liberdade do trabalhador, ao contrário da doutrina brasileira, que vêm entendendo ser a violação da dignidade o aspecto caracterizador da escravização na atualidade, podendo essa violação se apresentar em consonância com outros elementos internos, como coação, violência, grave ameaça ou trabalho degradante.

O posicionamento majoritário da literatura especializada brasileira caminha nesse sentido. Sento-Sé<sup>3</sup> descreve o trabalho escravo contemporâneo como aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive o meio ambiente em que o trabalhador irá realizar a sua atividade laboral, submetendo o trabalhador, em geral, a constrangimento físico e moral, como a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, pois infelizmente são várias as proibições impostas ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, e sempre diante de interesse mesquinhos e escusos, buscando ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador.

As lições de Brito Filho,<sup>4</sup> quando menciona que “[...] não é o fato de considerar

2 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho escravo: caracterização jurídica**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

3 SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTr Editora, 2000. p. 27.

4 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho escravo: caracterização jurídica dos modos típicos de execução. In: FIGUEIRA, R. R.; PRADO, A. A.; GALVÃO, E. M. (org.). **Privação de liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2013. p. 40.



a dignidade da pessoa humana como bem jurídico principalmente tutelado que vai fazer com que não se leve em consideração o aspecto da liberdade”, é de significativa relevância. Importante referir que a liberdade apresentada pelo autor não é no sentido tradicional da antiga escravidão que deve ser observada, muito embora isso possa ocorrer, mas pelo grau de domínio e a sujeição que o tomador de serviço impõe ao trabalhador.

Para Brito Filho,<sup>5</sup> o trabalho escravo não pode ser visto em um contexto restrito, “de ser apenas fenômeno caracterizado pela restrição da liberdade de locomoção do trabalhador”, mas sim num contexto mais amplo, de ofensa ao trabalho decente, que pode ser definido como aquele trabalho em que são respeitados os direitos mínimos do trabalhador e que são necessários à preservação da sua dignidade. Esses direitos mínimos correspondem à existência de trabalho; a liberdade e a igualdade no trabalho; o trabalho em condições justas, a remuneração e as condições dignas de trabalho, dentre outros.

Apesar das diferenças já apontadas, a escravidão contemporânea guarda semelhanças com a escravidão tradicional. Pétré-Grenouilleau,<sup>6</sup> ao conceituar a escravidão, afirma que a mesma não é natural, não corresponde a um determinado sistema de produção e não é inteiramente diluível na economia e na ideia de exploração. Também defende que más condições de vida não são suficientes para tornar alguém escravo. O escravo é um estranho, é “uma pessoa que está fora do grupo de referência numa dada sociedade”.<sup>7</sup> Para o autor, a característica principal da escravidão é a sua maleabilidade que permitiu que a mesma se mantivesse ao longo da história. No entanto, alerta que o escravo, mesmo quando não está na origem da produção de um bem visível, é sempre útil e proveitoso.

Oliveira<sup>8</sup> também alerta para que do ponto de vista legal a escravidão está extinta desde 1888. Além disso, destaca, o Brasil ratificou diversos tratados e Convenções Internacionais que visam a eliminação de toda e qualquer forma de trabalho em condição degradante ou forçado. A proteção ao trabalho digno é condição para a sua plena efetivação.

Nessa perspectiva, o trabalho não pode ser considerado apenas como um elemento de produção, mas sim como elemento de valorização do ser humano, trazendo o sustento e, conseqüentemente, a dignidade. De acordo com Antunes,<sup>9</sup> “o

5 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho escravo: caracterização jurídica**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 41.

6 PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, Olivier. **A história da escravidão**. São Paulo: Boitempo, 2009.

7 PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, Olivier. **A história da escravidão**. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 39.

8 OLIVEIRA, Ailsi Costa de. Escravidão Contemporânea: entre o compromisso da eliminação e a convivência real com a mais degradante forma de trabalho. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., Brasília, DF, 2017.

9 ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**.



trabalho tem, portanto, quer em sua gênese, quer em seu desenvolvimento, em seu ir-sendo e em seu vir-a-ser, uma intenção ontologicamente voltada para o processo de humanização do homem em seu sentido amplo” [...].

Portanto, veda-se qualquer violação da dignidade decorrente das relações laborais, considerando-se intolerável qualquer forma de escravidão, perseguições religiosas, ou outras quaisquer,<sup>10</sup> pois é através do trabalho digno que a pessoa toma consciência de si mesmo enquanto ser social e assegura sua identidade social.

Na mesma perspectiva, Romita<sup>11</sup> refere que uma vez ameaçados os direitos trabalhistas que apresentam dimensão social, há incidência direta e imediata dos direitos fundamentais, pois acaba comprometendo e afrontando diretamente a dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, Dantas<sup>12</sup> refere que se aplicam aos direitos sociais, tendo em vista ser espécie do gênero dos direitos fundamentais, a regra geral do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, ou seja, a aplicabilidade imediata dos direitos desta natureza.

Ademais, vale ainda referir que os direitos fundamentais sociais, em regra, são decorrentes das relações entre particulares, e diante do tema proposto, chama-se atenção para a observância da legislação trabalhista de caráter protetivo à pessoa física do trabalhador hipossuficiente. (FINCATO; OLICHESKI, 2011, p. 96).<sup>13</sup>

A escravidão contemporânea existe em todos os países do mundo e, aparentemente, ainda é invisível para muitos. O conceito de escravidão moderna é amplo e inclui pessoas que ficaram presas a um contratante por dívida contraída, ou mantidas como trabalhadores domésticos, dentre outras formas. Os fatores que contribuem para o problema são a migração, conflitos, regimes repressivos e migrações. Em 2016, cerca de 40,3 milhões eram vítimas de algum tipo de escravidão no mundo. Dentre esses, 71% eram mulheres, sendo que 15,4 milhões estavam em casamentos forçados. No Brasil, cerca de 369 mil pessoas estavam submetidas ao trabalho escravo, o que coloca o país na 20ª posição dentre 27 países das Américas. Apesar do número expressivo, o Brasil está entre os países que mais combatem o problema dentro do G20. Em termos globais, equipara-se a países como Canadá,

---

2. ed., São Paulo: Boitempo, 2009. p. 142.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 104.

11 ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 201.

12 DANTAS, Paulo Robert de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 403.

13 FINCATO, D. P.; OLICHESKI, A. T. **Globalização e direitos fundamentais: novas tecnologias e relações de trabalho, reflexões.** Porto Alegre: Magister, 2011. p. 96.





Dinamarca e Finlândia.<sup>14</sup>

O Relatório intitulado Índice Global da Escravidão alerta que apenas os países do G20 estão importando anualmente U\$ 354 bilhões de produtos com risco de serem produzidos pela escravidão moderna estão laptops, computadores e telefones celulares (U\$ 200,1 bilhão); vestuário (U\$ 127,7 bilhões); peixe (U\$ 12,9 bilhões); cacau (U\$ 3,6 bilhões) e cana-de-açúcar (U\$ 2,1 bilhões).<sup>15</sup>

No Brasil, entre 2003 e 2018 foram resgatados 45.028 trabalhadores em condição análoga a de escravo. Em relação a atividade laboral desempenhada no momento do resgate, 73% estavam em atividades agropecuárias (26.755); servente de obras (1.023); trabalhador de pecuária – bovinos de corte (965); pedreiro (840); trabalhador da cultura de cana-de-açúcar (756); trabalhador volante de agricultura (719); carvoeiro (472); operador de motosserra (462); trabalhador da cultura do café (376); cozinheiro (206); costureiros (205); seguidos de outras atividades econômicas. Do total, 42% eram pardos, mulatos ou caboclos; 23% brancos; 18% amarelos e 12% pretos. Em relação à escolaridade, 39% tinham até o 5º ano incompleto do Ensino Fundamental; 31% eram analfabetos; 15% tinham do 6º ao 9º ano incompleto e 5% tinham o Ensino Fundamental completo. Apenas 3% (1035) tinham o Ensino Médio Incompleto. Em relação à faixa etária, 885 meninos e 74 meninas tinham menos de 18 anos de idade na data do resgate. A faixa etária com o maior número de trabalhadores foi a dos 18-24 anos, com 9738 trabalhadores e 496 trabalhadoras.<sup>16</sup>

Os indicadores comprovam que a exploração do trabalho escravo está de roupagem nova: os setores econômicos são os mais variados; o gênero, idade e cor também o são. Todavia, o que permanece é a violação de direitos e a ofensa à dignidade humana. Nesse sentido, é fundamental a adoção de ações para combate e prevenção a essa prática.

### 3 A proteção contra a exploração do trabalho escravo contemporâneo

O ordenamento jurídico brasileiro possui normas que asseguram a proteção aos trabalhadores submetidos ao trabalho em condição análoga ao de escravo, bem como garantem formalmente a erradicação da escravidão. O Brasil é signatário de convenções de organismos internacionais e que versam sobre o trabalho escravo. Em 1957, foi ratificada a Convenção n. 29, que trata do trabalho forçado ou obrigatório e o define como todo trabalho ou serviço exigido sob ameaça de qualquer penalidade e

14 WALK FREE FOUNDATION. The global slavery index. 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1Y4aCodxSGgsq35M1PtNJDDMfgHANrdvo/view>.

15 WALK FREE FOUNDATION. The global slavery index. 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1Y4aCodxSGgsq35M1PtNJDDMfgHANrdvo/view>.

16 Dados do Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas. Disponível em: <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=perfilCasosTrabalhoEscravo>



para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. Contemporaneamente, incluiu-se na definição de trabalho forçado as situações em que o trabalhador é enganado com falsas promessas de condições de trabalho. Em 1965 foi ratificada a Convenção n. 105, sobre a abolição do trabalho forçado, ambas da Organização Internacional do Trabalho. No ano 2000, ratificou a Convenção nº 182 da OIT, que proíbe as piores formas de trabalho infantil, por meio do Decreto nº 3.597/2000.

No entanto, somente em 2003 promoveu a alteração do Código Penal, com a inclusão do artigo 149, que prevê a tipificação de trabalho análogo à de escravo, quer submetendo o trabalhador a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

No ano de 2014, a Emenda Constitucional n. 81 alterou o art. 243 da Constituição Federal prevendo a expropriação de propriedades rurais e urbanas, de qualquer região do País, onde for constatada a exploração do trabalho escravo.

Em 2015, a Resolução n. 212 do Conselho Nacional de Justiça criou o Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e efetividade das demandas relacionadas à exploração do trabalho em condições análogas à de escravo e ao tráfico de pessoas (FONTET), com o objetivo de promover o levantamento de dados relativos ao número, a tramitação e às sanções impostas nos inquéritos e ações judiciais que tratem da questão. Além disso, tem como objetivo a busca de solução que assegurem maior efetividade às decisões judiciais.

Em janeiro de 2017 o Brasil assinou o documento que ratificou o Protocolo à Convenção 29 da OIT, que havia que havia sido aprovado em foi aprovado em junho de 2014. Em dezembro do mesmo ano, foi publicada a Portaria n. 1.293 que dispõe sobre os conceitos de trabalho em condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho, e trata da divulgação do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo. Antes disso, no mesmo ano, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 489) o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a Portaria n. 1.129, por entender que o texto da portaria ministerial esvaziava o conceito de jornada exaustiva de trabalho e trabalho forçado; introduzindo, sem qualquer base legal, o requisito do isolamento geográfico como elemento necessário à configuração de hipótese de cerceamento do uso de meios de transporte pelo trabalhador; e colocando a presença de segurança armada, como requisito da caracterização da retenção coercitiva do trabalhador no local de trabalho em razão de dívida contraída.

Portanto, normativamente resta assegurada a proteção aos trabalhadores, bem como a punição daqueles que exploram o trabalho escravo em qualquer das suas formas contemporâneas, seja nas áreas rurais, seja nas áreas urbanas. Todavia, a



prática persiste. E é nessa perspectiva que o ativismo judicial ganha espaço, a partir da interpretação da Constituição, com a expansão do seu sentido e do seu alcance, o que ocorre por meio de diversas condutas. Assim, a interferência do judiciário se manifesta através de diferentes condutas, como “a aplicação da Constituição de forma direta a situações não contempladas no texto constitucional que não tenha recebido manifestação do legislador ordinário, como pela declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos, independentemente de patente violação da Constituição, como também pela imposição de condutas e abstenções ao Poder Público [...]”.<sup>17</sup>

No caso do direito do trabalho, o Judiciário busca reestabelecer o equilíbrio na sociedade, no Estado e nos meios de produção capitalista.<sup>18</sup>

O ramo laboral tem um funcionamento lógico que, uma vez quebrado, todo o sistema deixa de funcionar. Ele é compreendido de normas cogentes ou de ordem pública porque não poderia ser de outro modo, sob pena de total incapacidade regulatória. A imposição de obrigações que perfaz o liame empregado-empregador faz parte crucial do pacto da sociedade do trabalho, que pressupõe a imputação das responsabilidades individuais e coletivas do direito do trabalho, como garantia de limites mínimos e imprescindíveis à dignidade da pessoa humana que trabalha.<sup>19</sup>

O Poder Judiciário tem papel de suma importância para a erradicação e a prevenção contra o trabalho escravo. Para que cumpra com essa tarefa, o primeiro passo é reconhecer a escravidão contemporânea em sua acepção mais ampla, ultrapassando a conceituação tradicional segundo a qual a caracterização do trabalho escravo ou forçado exigia o reconhecimento da coação que impossibilitasse ou dificultasse o desligamento do trabalhador. A coação precisa ser reconhecida a partir de três ordens. A primeira é a coação moral, que ocorre quando o empregador “de forma ilícita e fraudulenta, aproveitando-se da pouca instrução dos trabalhadores, envolve-os em dívidas com a finalidade de impossibilitar o desligamento do trabalhador”.<sup>20</sup> Essa situação configura o regime de servidão por dívida, ou *treck system*, que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. A segunda ordem de coação é psicológica, com a ameaça de violência com o fim de manter os trabalhadores

17 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização. **Revista TST**, Brasília, vol. 80, n. 3, p. 239-256, p. 240, jul./set. 2014.

18 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização. **Revista TST**, Brasília, vol. 80, n. 3, p. 239-256, jul./set. 2014.

19 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização. **Revista TST**, Brasília, vol. 80, n. 3, p. 239-256, p. 254, jul./set. 2014.

20 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Trabalho Escravo, Forçado e Degradante: Trabalho Análogo à Condição de Escravo e Expropriação da Propriedade. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 29, n. 344, p. 92-99, ago. 2012.



e impedir que tentem fugir. Pode inclusive haver a presença de empregados armados para exercer a coação. E a última é a coação física, onde os trabalhadores sofrem castigos físicos, ocorrendo até assassinatos com o objetivo de servir de exemplo. Há, ainda, a apreensão de documentos e objetos pessoais dos trabalhadores para obrigar o mesmo a continuar prestando serviços.<sup>21</sup>

A partir do reconhecimento da situação de escravidão, outros institutos estão à disposição do Poder Judiciário. Um dos mais importantes diz respeito ao não reconhecimento da prescrição. Nesse sentido, destaca-se a decisão da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que considerou imprescritível o crime de trabalho análogo ao de escravo. Na decisão tomada em 2018 e que diz respeito ao caso envolvendo 85 trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde em 2000, os desembargadores entenderam que não há limite de prazo para persecução penal, desde a investigação, processo e condenação. O reconhecimento da prescrição somente beneficiaria o empregador, que se utilizaria de todos os recursos legais para postergar o andamento da ação penal e, por conseguinte, beneficiar-se com a impossibilidade de sofrer punição.

O resultado da inobservância dos preceitos constitucionais e das normas de proteção ao trabalho caracteriza-se pelo trabalho escravo contemporâneo, definido a partir de situações que violam a dignidade, a liberdade e a autonomia dos trabalhadores e que representa a antítese do trabalho decente.

#### 4 Conclusão

A abolição da escravidão, em 1888, e a inclusão do art. 149, que trata do trabalho em condição análoga a de escravo, no Código Penal brasileiro em 2003, não foram suficientes para erradicar uma das mais perversas e cruéis formas de violação de direitos. Passados mais de 130 anos desde a assinatura da Lei Áurea, cerca de 369 mil trabalhadores brasileiros e brasileiros encontram-se em situação de trabalho escravo.

Em termos legais, a nomenclatura adequada é trabalho em condição análoga a de escravo. Em termos acadêmicos, fala-se em escravidão contemporâneo ou trabalho escravo moderno. Todavia, ainda que se discuta acerca da melhor definição conceitual, há consenso quanto à violação de direitos humanos e fundamentais, assim como a violação do bem jurídico mais relevantes, que é a dignidade.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário assume papel relevante, tanto no combate quanto na prevenção do trabalho escravo. Um importante avanço é o não reconhecimento da prescrição. A justiça brasileira tem entendido que enquanto o

21 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Trabalho Escravo, Forçado e Degradante: Trabalho Análogo à Condição de Escravo e Expropriação da Propriedade. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 29, n. 344, p. 92-99, ago. 2012.



trabalhador está submetido à essa condição, não há que se falar em prescrição, pois ocorreria, nesse caso, uma violação maior ainda, pois o reconhecimento da prescrição beneficiária o empregador e afastaria a pretensão punitiva. Tal exemplo retrata a atuação do judiciário em prol dos direitos fundamentais e das garantias asseguradas pela Constituição Federal.

Mas a prevenção e erradicação do trabalho escravo não é incumbência apenas do Poder Judiciário. Todos os atores sociais são responsáveis. A persistência do trabalho escravo determina que sejam estabelecidas ações e estratégias de forma a prevenir e erradicar essa forma de exploração do trabalho que viola os direitos humanos e fundamentais e atinge diretamente a dignidade dos trabalhadores. Apesar da vedação legal, milhares de trabalhadores e trabalhadoras são vítimas de trabalhos forçados, jornadas exaustivas, baixa ou nenhuma remuneração, servidão por dívidas e condições degradantes de trabalho.

## Referências

- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed., São Paulo: Boitempo, 2009.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho Escravo: Caracterização jurídica dos modos típicos de execução. *In*: FIGUEIRA, R. R.; PRADO, A. A.; GALVÃO, E. M. (org.). **Privação de liberdade ou atentado à dignidade**: escravidão contemporânea. Rio de Janeiro: Mauad X, 2013.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho escravo**: caracterização jurídica. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização. **Revista TST**, Brasília, vol. 80, n. 3, p. 239-256, jul./set. 2014.
- DANTAS, Paulo Robert de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FINCATO, D. P.; OLIQUESKI, A. T. **Globalização e direitos fundamentais**: novas tecnologias e relações de trabalho, reflexões. Porto Alegre: Magister, 2011.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Trabalho escravo, forçado e degradante: trabalho análogo à condição de escravo e expropriação da propriedade. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 29, n. 344, p. 92-99, ago. 2012.
- OLIVEIRA, Ailsa Costa de. Escravidão contemporânea: entre o compromisso da eliminação e a convivência real com a mais degradante forma de trabalho. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, Brasília, DF. **Anais eletrônicos**[...] Brasília: CONPEDI, 2017. p. 102-119. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/7bmu3s0t/E5loK7IK8CQK7Mqf.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2019.
- PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, Olivier. **A história da escravidão**. São Paulo: Boitempo, 2009.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.





SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade.** São Paulo: LTr Editora, 2000.



# CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA, POLÍTICA E DEMOCRACIA NAS SOCIEDADES EM REDE

*José Alcebiades de Oliveira Junior<sup>1</sup>*

*Suellen Martins Pacheco<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

Neste texto, buscaremos tecer algumas considerações acerca das intersecções entre Justiça, Política e Democracia na atualidade, tendo em vista que a análise atenta da atividade jurisdicional deve considerar as profundas mudanças ocorridas a partir da metade do século XX. Principalmente o impacto das inovações científicas e tecnológicas, dentre as quais se destacam a disseminação de informações e conhecimentos em tempo real; o deslocamento de pessoas, bens e serviços em menor tempo; e comércio e transações financeiras integradas no mundo globalizado. Esse novo contexto, o qual estabelece os contornos do que denominamos aqui de Sociedade em Rede, fornece novos desafios ao julgador e alterara, também, o ambiente no qual se pensa o Direito. Por isso, convidamos à reflexão acerca dos riscos e oportunidades que o novo cenário midiático pode apresentar à construção da cidadania.

## 2 A Justiça nas Sociedades em Rede<sup>3</sup>

Como ensina Manuel Castells,<sup>4</sup> o ambiente foi reconfigurado, passando a existir um vasto cenário de trânsito e mobilização virtual. Se de um lado viabiliza ações filantrópicas e de fiscalização que antes seriam impossíveis, tem-se que, de outro, parece que as grandes empresas multinacionais e as instituições

---

1 Realizou ciclo de estudos em nível de pós-doutorado na Justus-Liebig-Universität Giessen, Alemanha, em 2015. Doutor em Direito, Filosofia do Direito e da Política, pela Universidade Federal de Santa Catarina (1991). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (1984). Professor convidado permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS e Professor permanente do Programa de pós-graduação em Direito da URI de Santo Ângelo. Pesquisador nível 1D do CNPq. E-mail: alcebiadesjunior@terra.com.br

2 Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: suellen.mp@hotmail.com

3 Algumas das considerações constantes deste item foram expostas de maneira diferenciada no texto “Justiça versus Corrupção no Brasil de Hoje”. Oliveira Jr., José Alcebiades. *In: Álvaro Sánchez Bravo (org.). Democracia, pluralismo y derechos humanos. 500 años Facultad de derecho Universidad de Sevilla. X anos de encuentro hispano-brasileños de filosofia Del derecho y derechos humanos. 1 ed. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2019, v.1. p. 51-63.*

4 CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2013.



financeiras multilaterais encontraram um vasto espaço que foge às Teorias do Direito alicerçadas nos Estados-Nação, conferindo um poder que oferece desafios ao Poder institucionalizado interno. Daí a proliferação de casos de corrupção no mundo inteiro, nos quais – em menor ou maior medida – há o envolvimento das grandes corporações.

No Brasil não há como tratar do tema sem rememorar o ano de 2013, no qual as redes virtuais inicialmente uniram incontáveis pessoas contra o aumento da passagem do transporte público, principalmente nas grandes capitais brasileiras. Porém, o estopim no que se refere ao turbilhão que se seguiu no campo político foi o julgamento do denominado “Mensalão”, que condenou agentes políticos de todo o espectro ideológico (Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal), devido a investigações coordenadas pelo Ministério Público. Em virtude da efetividade que o trabalho do Ministério Público pareceu demonstrar, dentre os pedidos dos manifestantes estava o impedimento à PEC 37 (Projeto de Emenda à Constituição) que pretendia retirar o poder de investigação do Ministério Público e restringir apenas às polícias. Esta não foi aprovada na Câmara dos Deputados, resultado que provavelmente deve ser creditado ao que Castells denomina de “Redes de Indignação e Esperança”<sup>5</sup>, ou seja, ao amplo número de pessoas desvinculadas das associações tradicionais cujas ações são orientadas apenas para o ato a que consentem de modo específico, sem a aderência ao conjunto de regras/dogmas/valores comuns que marcam as associações tradicionais. Daí a tentativa até mesmo de impedir que fossem levantadas bandeiras de partidos nos protestos, como modo de reafirmar a desvinculação.

No ano seguinte, 2014, um escândalo maior e que até hoje tem grande repercussão seria exposto: a “Operação Lava Jato”, nome inspirado na nos postos de combustíveis e lava a jato instrumentalizados para lavagem de dinheiro público, oriundos principalmente da Petrobrás. Como amplamente noticiado pela mídia, trata-se do conjunto de investigações em andamento pela Polícia Federal brasileira que desvelou o maior esquema de corrupção já descoberto no Brasil, resultando em 115 prisões preventivas, 121 temporárias e 6 em flagrante até o presente momento,<sup>6</sup> e um desvio de dinheiro público comprovado em R\$ 12,5 bilhões, havendo estimativas da Polícia Federal que chegam a 42 bilhões.<sup>7</sup>

A título de comparação, se comprovado o segundo cálculo, os valores desviados seriam maiores do que a estimativa referente ao ouro transportado do Brasil para Portugal entre os séculos XVII e XVIII.<sup>8</sup> O ciclo vicioso das fraudes que fizeram das

5 CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2013.

6 Site Ministério Público Federal. Lava Jato em Números. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>. Acesso em: 16 set. 2018.

7 Site Polícia Federal. Operação Lava Jato – Números. Disponível em: <http://www.pf.gov.br /imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>. Acesso em: 16 set. 2018.

8 “O historiador carioca Pandiá Calógeras calculou em 135 milhões de libras esterlinas o valor desse metal enviado para Portugal entre 1700 e 1801. Em moeda atual, seria o equivalente a 7,5 bilhões



licitações mera formalidade vazia para beneficiar determinadas organizações privadas e a posterior cooptação por essas mesmas empresas de políticos que movimentassem a máquina pública em seu favor, em troca da manutenção do poder, levou a uma verdadeira mercantilização da política. Como disse o jurista e ex-magistrado Marlon Reis,

dinheiro compra poder, e poder é uma ferramenta poderosa para se obter dinheiro. É disso que se trata as eleições: o poder arrecada o dinheiro que vai alçar os candidatos ao poder. Saiba que você não faz diferença alguma quando aperta o botão verde da urna eletrônica para apoiar aquele candidato opositorista que, quem sabe, possa virar o jogo. No Brasil, não importa o Estado, a única coisa que vira o jogo é uma avalanche de dinheiro. O jogo é comprado, vence quem paga mais.<sup>9</sup>

Essa realidade alarmente evidencia a corrupção sistêmica presente no Brasil, bem como – a exemplo da comparação feita entre a “Lava Jato” e a operação “Mãos Limpas” na Itália por Rodrigo Chemim<sup>10</sup> – expõe um fenômeno global de cooptação do Público pelo Privado, envolvendo o setor empresarial transnacional, e fomentado em grande parcela pela inaptidão crescente em fiscalizar destinações realmente públicas aos recursos coletivamente construídos. No que se refere à operação italiana Mãos Limpas, Rodrigo Chemin diagnosticou que depois de mais de 25 anos do maior escândalo de corrupção no país europeu não houve alterações capazes de impedir a rapina do patrimônio público. A conclusão se deu no caminho inverso do pretendido, vez que os políticos e seus financiadores se articularam para aprovar leis que colocassem óbice às investigações. Conforme o autor, atualmente “os italianos passam por momento em que a pretensão de punir atos de corrupção está praticamente inviabilizada”.<sup>11</sup>

No Brasil, ao invés de ser mantida a mobilização por probidade, para fortalecimento das instituições e luta por maior efetividade dos direitos humanos, a desconfiança da população em face dos Poderes Executivo e Legislativo fez recair no Poder Judiciário uma carga que, a toda a evidência, não poderia ter resultado diferente do perigo da arbitrariedade e do ativismo judicial e, com isso, do direcionamento ao mesmo caminho de descrédito trilhado pelos demais Poderes. O espetáculo fomen-

---

de libras esterlinas ou 30 bilhões de reais”. GOMES, Laurentino. **1808**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007. p. 62

9 REIS, Marlon. **O nobre deputado**: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira. São Paulo: Leya, 2014. p. 21.

10 CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato**: a corrupção se olha no espelho. Porto Alegre: Citadel, 2017.

11 CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato**: a corrupção se olha no espelho. Porto Alegre: Citadel, 2017. p. 208.



tado pela mídia e disseminado nas redes sociais virtuais, sempre de modo recortado, simplista, e não raras vezes irresponsável, fornece elementos para uma visão binária, exaltando – ao gosto da polarização política – heróis e bandidos. O órgão jurisdicional, nesse sentido, é pressionado (ou coagido) a sair de uma posição de imparcialidade, como se coubesse ao Judiciário a correção das distorções protagonizadas pelos outros Poderes.

Nesse aspecto, como já nos perguntamos em outros trabalhos, “que tipo de pressão exerce a crítica da opinião pública?”.<sup>12</sup> Como bem ressalta Ricardo Luiz Lorenzetti:

Em sociedades pluralistas cada um tem sua concepção de vida e naturalmente o juiz não escapa dessa regra, mas, se falhar com base na sua própria convicção, afetará aqueles que dela não compartilham. É comum isso ocorrer tanto na doutrina como na vida judicial, porque o jurista se converteu em um militante de verdades parciais, o que é razoável se não tiver de tomar decisões que envolvam partes com convicções diferentes.<sup>13</sup>

Das polêmicas que cercam a temática da imparcialidade no caso da operação Lava Jato, as divulgações de interceptações telefônicas em primeira instância tiveram grande repercussão, principalmente por estarem ainda em análise inicial e muitas conterem detalhes íntimos dos investigados alheios ao processo, sujeitos mais a um julgamento moral do que propriamente jurídico, fazendo com que Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF criticassem tais decisões. Seguiram-se a isso diversas contendas envolvendo divergências entre o STF e os julgadores de primeira instância, o que talvez não causasse tanto prejuízo à democracia se não fosse alimentado na opinião pública um clima de jogo, no qual ao invés de aprimoramento da cidadania se tem a construção de torcidas. De fato, não há dúvidas que não se deva abrir espaço para a arbitrariedade, sendo a insurgência legítima nesse sentido. Porém, é isso que se está discutindo?

Um dos muitos problemas gerados pela complexidade e alcance da corrupção, bem como pela ausência de confiança em todas as funções públicas, abarcando também o judiciário, é fazer esmorecer a esperança de que seja possível superá-la. Daí a importância de não perder de vista alguns pontos que talvez estejam na base dos anseios reclamados pela sociedade, tais como a retomada de concepções compartilhadas de Ética, probidade, cidadania. De que ao final do dia cada “torcedor”

12 OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de; SOUZA, Leonardo da Rocha. **Sociologia do Direito: desafios contemporâneos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 160-166.

13 LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. Revisão Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 184.





se descobre cidadão com mais ou menos direitos e é, sim, corresponsável pelo bem estar do seu opositor artificialmente construído.

Afinal, como bem explica Céli Regina Jardim Pinto, corrupção não é tema banal, singular, resolvido com brados de fúria em redes sociais.

A corrupção não pode ser atribuída a um tempo histórico, a um sistema econômico ou mesmo a um regime político. Em qualquer época, em qualquer situação, ela pode se manifestar, e a história é pródiga em exemplos. Mas há países em que a corrupção inexistente; e mesmo naqueles em que ela ocorre vastamente nas instituições e em parcela de sua população, a maioria dos cidadãos e cidadãs não é corrupta. Portanto, devemos ter presente que a corrupção é um fenômeno complexo e, para entendê-lo, temos de considerar um conjunto variado de fatores: poder político e econômico concentrados; profundas desigualdades sociais; pouca ou nenhuma noção de interesse público; o não reconhecimento do direito a ter direitos; noção de direitos desiguais introjetada na cultura; elites distanciadas do restante da população; falta de controle social, entre outros.<sup>14</sup>

Como a autora escreve o seu livro tendo em conta o Brasil, é possível concluir que todos esses elementos estão presentes na realidade brasileira, e que talvez o combate à corrupção não seja, como muito bem já disse o professor Rogério Gesta Leal<sup>15</sup> uma questão só de imoralidade e resolúvel apenas pelo Direito Penal. É, sem dúvida e antes de qualquer coisa, uma questão sociocultural e político-jurídica.

De modo que a nosso juízo como temos dito em outros lugares, o combate à corrupção passa amplamente por uma implementação dos Direitos Humanos, sobretudo os sociais e multiculturais. Paradoxalmente, porém, é a própria corrupção que acarreta um enorme prejuízo à implementação dos Direitos Humanos, de vez que a sua efetivação necessita não de um enfraquecimento, mas de uma expansão do Estado social.

### 3 Política e Democracia nas Sociedades em Rede

Como dito anteriormente, não há como negar que o tema das sociedades em rede, ou, então, produzidas em meio a uma era que se convencionou denominar de “digital”, são uma realidade inegável. No Brasil, já de algum tempo assiste-se o

14 PINTO, Celi Regina Jardim. **A banalidade da corrupção**: uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2011. p. 07.

15 LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Inaiê Simonelli (org.). **As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.



nascimento, o desenvolvimento e a morte de governos surgidos entrelaçados com essas condições informáticas, altamente sofisticadas.

Dito isso, muito embora o aparecimento de governos ditos de “esquerda” desde os anos 2003 e que atualmente cederam lugar a um governo dito de “direita”, em 2019, o que interessa ver neste momento está mais dirigido à possibilidade de se tecer algumas considerações sobre o que tem a ver esses meios informáticos que levaram ou colaboraram com as suas emergências, com uma democracia real e consciente, e, portanto capaz de tratar dos verdadeiros problemas que assolam a nação brasileira.

Para tal, e nos utilizando de uma obra recente intitulada “Democracia em Risco?: 22 ensaios sobre o Brasil de Hoje”, especialmente o artigo “Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático”, de Christian Ingo Lenz Dunker<sup>16</sup>, é possível dizer, procurando interpretar esse autor, que a experiência política, seja ela conservadora ou progressista, sempre poderá colocar o sujeito democrático em risco, pois “existem situações psíquicas que quando incorporadas, retiram nossa capacidade de um uso autônomo da razão”<sup>17</sup>, e cujos exemplos fornecidos pelo autor se referem a quando estamos apaixonados, hipnotizados ou sob o funcionamento de massa. Em outras palavras, situações que pela experiência de cada um de nós, são passíveis de realidade, pois certamente todos nós em algum momento já as tenhamos vivido. Insista-se, de outra parte, que nenhum de nós precisa ir longe para perceber que essas situações, principalmente nos tempos de domínio da informática e das sociedades em rede, são facilmente encontráveis. Basta que olhemos para nós mesmos para sabermos o quanto, hoje em dia, nos transformamos em escravos desses instrumentos informáticos, sem mesmo ter ciência do grau de aprisionamento ou de controle oculto ao qual estamos sendo submetidos.

Mas um dos aspectos mais importantes decorrentes desse mundo informatizado e dominado pelas redes (sociais ou não) e que afetam a política e a democracia, segundo nossa interpretação do Professor Christian Dunker, é o fato que as redes sociais podem produzir sensações de verdade em cada um de nós que nos levem a suspender nossa racionalidade a respeito de que todos nós, ou mesmo os supostos “eles”, somos racionais e sujeitos de direitos e obrigações de igual maneira em uma dada comunidade. E como diz o autor em seu estudo, nos levar a pensar que “alguns não são humanos como nós”.<sup>18</sup>

16 DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. In: **Democracia em risco?** : 22 ensaios sobre o Brasil hoje. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 116-135.

17 DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. In: **Democracia em risco?** : 22 ensaios sobre o Brasil hoje. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 116.

18 DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. In: **Democracia em risco?** : 22 ensaios sobre o Brasil hoje. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras,



E de imediato e sem meias palavras, essas situações de supostas verdades geradas por uma massificação, e que podem inclusive ter sido produzidas por inteligência artificial sem o nosso conhecimento, podem nos levar a crer que a verdade é uma só, e que outras maneiras diferentes de se ver o mundo não sejam possíveis, colocando assim à deriva um dos mais importantes pressupostos da democracia desde a Grécia, e que diz com a necessidade de se entender a vida social como algo em comum, mas, também, como um lugar que deva respeitar as diferenças. Com efeito, nesta nossa reflexão acerca dos apontamentos do Professor Christian Dunker, desde os idos tempos a verdadeira democracia é aquela que almeja e se sustenta fundamentalmente por conduzir em seu desiderato cada vez uma maior inclusão.

Há democracia quando reconhecemos que nem toda a lei já está escrita e decidimos, portanto, o caminho que devemos tomar. Nesse devir do conceito de democracia há uma regularidade histórica importante. Com recuos e progressos, reconhecemos que a história da democracia é a história da inclusão de mais sujeitos, daí que o ideal seja a realização da universalidade concreta dos projetos de emancipação.<sup>19</sup>

De modo que nas ricas observações do professor Dunker, as quais não temos como traduzir todas aqui, temos que ter a compreensão de que quando tratamos das ditas “massas digitais”, é preciso ter presente que quando nos identificamos com elas, “nos sentimos fortes e poderosos”, pouco importando se o nosso discernimento naquele momento se esvai, fazendo parte de um grande exército.

Por outro lado, como diz o professor em estudo, não devemos confundir agir em massa ou como massa, com agir enquanto pertencentes a um grupo familiar ou de trabalho, ou mesmo enquanto vinculado a um partido político, diríamos nós, pois possuem outras características. O perigo das massas digitais é que, em verdade, elas são uma ameaça à democracia, em muito decorrente do fato que desconhecemos, ainda em grande escala, o perigo que essas adesões representam, assim como o muito de manipulação que pode estar por trás dessas muitas vezes aparentes possibilidades de se mudar o mundo. Enfim, há o perigo de nos alinharmos a consequências às quais não estamos familiarizados. Consequências essas também relativas a nos transformarmos em massa de manobra, para dizer o mínimo.

---

2019, p. 117

19 DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. *In: Democracia em risco? : 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 117-118.



## 4 Considerações finais

Encerramos dizendo que esse tema é muito sedutor e complexo para ser elucidado em poucas palavras e estudos rápidos, requerendo seguramente que continuemos pesquisando as intersecções entre a Justiça, a Política e a Democracia nas Sociedades em Rede. Porém, é possível afirmar que os anseios por um novo espaço de autonomia, participação e compartilhamento, tal como se imaginava as Redes Virtuais, tem sido colocado em risco pela colonização empreendida pela disputa estéril que em nada contribui para o incremento da Democracia no plano concreto, demonstrando-se até mesmo como entrave a efetivação dos Direitos Humanos e, não raras vezes, atrapalhando a atividade jurisdicional. Desse modo, temos que se faz necessário resgatar o fio condutor de uma indignação guiada pela esperança, como bem descreveu Manuel Castells na obra aqui utilizada<sup>20</sup>, alicerçada no compartilhamento de uma Justiça segura de seu papel, de uma Política pensada para todos, não apenas para os partidários, e de uma Democracia cidadã e corresponsável.

## Referências

- BRAVO, Alvaro Sanchez (ed.). **Justicia y Medio Ambiente**. Espanha: Punto Rojo, 2013.
- CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: Citadel, 2017.
- DELPIAZZO, Carlos E; LEAL, Rogério Gesta. **Ética Pública y Patologías corruptivas**. Montevideo: Editora Universidad de Montevideo, 2014.
- DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. In: **Democracia em risco? : 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 116-135.
- GOMES, Laurentino. **1808**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LEAL, Rogério Gesta (org.). **Patologias corruptivas: as múltiplas faces da hidra**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.
- LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Inaiê Simonelli (org.). **As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. Revisão Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

20 CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2013.



MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. **El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Os movimentos sociais e justiça ambiental nas cidades. *In*: BRAVO, Alvaro (ed.) **Justicia y Medio Ambiente**. Espanha: Punto Rojo, 2013. p. 407-424.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Aspectos sócio-culturais e político-jurídicos da corrupção no Brasil. *In*: DELPIAZZO, Carlos E.; LEAL, Rogério Gesta. **Ética Pública y Patologías corruptivas**. Montevideo: Editora Universidad de Montevideo, 2014. p. 243-249.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de; SOUZA, Leonardo da Rocha. **Sociologia do direito: desafios contemporâneos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. *In*: BRAVO, Álvaro Sánchez (org.). **Democracia, pluralismo y derechos humanos. 500 años Facultad de derecho Universidad de Sevilla: X anos de encontro hispano-brasileños de filosofia Del derecho y derechos humanos**. 1 ed. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2019. v.1. p. 51-63.

PINTO, Celi Regina Jardim. **A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

REIS, Marlon. **O Nobre Deputado: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira**. São Paulo: Leya: 2014.





# OS PERIGOS DO SUBJETIVISMO JUDICIAL – CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DE SEU CONTROLE. ESTUDO DE CASO

Mauro Borba<sup>1</sup>

## 1 Introdução

Nos últimos anos e cada vez com mais frequência na atualidade, o Poder Judiciário teve suas funções expandidas, passando a exercer certo protagonismo na seara política e institucional que envolve o Estado Democrático brasileiro.

Essa atuação de destaque pode ser observada em sua série de julgados onde são aventadas questões cuja relevância transcende a alçada propriamente jurídica.

Embora não seja um fenômeno exclusivamente nacional, uma vez que foi/é verificado em outros países, desde aqueles de tradição da *civil law*, ou da *common law*, a atividade jurisdicional empreendida na atualidade não encontra similar na história constitucional brasileira, sendo que não raras vezes tal atuação transborda os limites legais da sua competência, caracterizando o chamado ativismo judicial, com manifestações impregnadas de um excesso de subjetivismo que as afastam da legalidade.

O presente ensaio pretende analisar e discutir o fenômeno, ainda que brevemente e por isso mesmo sem pretensão de esgotá-lo. Para tanto situará as causas que deram origem ao protagonismo judicial, pontuando a diferença entre judicialização e ativismo; identificará, filosoficamente, a matriz subjetivista que informa uma atuação desgarrada do modelo legal, apontará possíveis saídas de correção, limitação e/ou controle e por fim seguirá a exposição do caso judicial que serviu de base fática para esse ensaio.

## 2 Judicialização e Ativismo Judicial

Ao longo dos tempos o Poder Judiciário vem passando por transformações no perfil de sua atuação. Neste sentido, a promulgação da Constituição de 1988 simbolizou um momento de uma radical modificação na forma como era concebido o exercício da jurisdição no Brasil.

A Constituição de 1988, além de abrir as portas do Poder Judiciário (art. 5o, XXXV), ainda consagrou uma plêiade de direitos fundamentais, inclusive de caráter prestacional, a uma população que não passou, de fato, pela experiência de um *Welfare State*. Essa verdadeira *corrida* ao Poder Judiciário vem agravada, no Brasil,

---

1 Juiz em Porto Alegre, Doutor (UFRGS) e Mestre em Direito (UNISC)



pela crescente desconfiança da população em relação a classe política. Há, ainda, outras causas relevantes, como o caráter *contra majoritário* que a Constituição confere ao direito (o que faz com que minorias organizadas cada vez mais procurem diretamente o Poder Judiciário em vez de tentar ter suas pretensões redimidas na arena propriamente política) e mesmo certa *cultura do litígio*, que concebe o recurso a jurisdição, no mais das vezes, uma opção preferencial em relação as demais formas de composição de conflitos. Isso faz com que o Poder Judiciário tenha crescido em importância aos olhos da comunidade política.

Muito influenciou essa mudança, a experiência constitucional da Europa continental, notadamente a partir do segundo pós-guerra, sendo vital para que se entenda o contexto brasileiro.

Como se sabe, o direito constitucional saiu do conflito reconfigurado com relação ao seu objeto (novas constituições foram promulgadas), quanto ao seu papel (centralidade da Constituição, entendida como topo normativo) e quanto ao modo de aplicação de suas normas (surge uma nova hermenêutica constitucional).

A par disso, ocorrem profundas mudanças de caráter institucional, das quais a criação de tribunais constitucionais e a progressiva ascensão do Poder Judiciário são, sem dúvida a face mais visível. Costuma-se designar esse fenômeno – de passagem dos Estados legislativos de direito para os Estados *constitucionais* de direito – como *neoconstitucionalismo*.<sup>2</sup>

Como ensina Lênio Streck, o *Constitucionalismo Contemporâneo*<sup>3</sup> representa um redimensionamento da práxis político-jurídica, que ocorre em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, que exige a reformulação não só da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), mas também na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que passa, a partir da matriz hermenêutica, a ser antirrelativista).<sup>4</sup>

Explicando melhor, no modelo antigo, a Constituição era compreendida essencialmente como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis

2 BARROSO, 2016, p. 159-175

3 O termo neoconstitucionalismo foi recentemente abandonado por Lenio Luiz Streck (2011, p. 35-37) em detrimento da expressão Constitucionalismo contemporâneo, para caracterizar sua própria perspectiva teórica, diferenciando-a de tentativas de incorporação brasileiras da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano.

4 STRECK, 2011, p. 37. Dito de outro modo, para Streck e Abboud (2014, p. 74), o chamado “novo constitucionalismo” é um fenômeno político-jurídico surgido no pós-guerra, assentado num “paradigma filosófico jurídico que se originou a partir do giro linguístico”; neste fio, com o advento do novo constitucionalismo, “ocorrem profundas mudanças no paradigma jurídico. Dentre elas, podemos mencionar o surgimento dos princípios constitucionais, a necessária distinção entre norma e texto normativo, a superação do silogismo como forma de solução das questões jurídicas etc.”.



diretamente, ficando sua concretização na dependência da atuação dos poderes Legislativo e Executivo. Tampouco existia controle jurisdicional de constitucionalidade das leis – e, nos países em que havia, era tímido e pouco relevante. Já no Estado Constitucional de direito, a Constituição passa a valer como a norma jurídica central, a qual disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, além de estabelecer limites para o conteúdo destes. Esse é o contexto em que vigora a centralidade da Constituição e a chamada supremacia judicial, a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.<sup>5</sup>

A Constituição de 1988 inaugurou, no Brasil, um Estado Democrático e Social de Direito, no âmbito do qual, contingencialmente, a nossa vida política passou a ser caracterizada por um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional.

Segundo Streck:

No Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (STRECK, 2014, p. 64).

Observa que, em democracias constitucionais, o direito assume um caráter hermenêutico, caracterizado pelo fato de o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invadir o espaço que tradicionalmente era reservado à regulamentação legislativa; associam-se, assim, dois fatores: o aumento da demanda por direitos fundamentais e o decréscimo da liberdade de conformação do legislador, em favor da justiça constitucional.<sup>6</sup> Nesses termos, o direito seria considerado de um instrumento de transformação social, na medida em que regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas e traz um grande catálogo de direitos fundamentais-sociais.<sup>7</sup>

Entrelaçam-se, aqui, duas teses: por um lado, a da força normativa da Constituição, que, com Konrad Hesse, pode-se traduzir como a sua “pretensão de eficácia”<sup>8</sup> e, por outro, a da Constituição Dirigente, adaptada à doutrina constitucional portuguesa por Gomes Canotilho, para quem a “constituição programático-dirigente não substitui a política, mas torna-se premissa material da política”, donde resulta

5 BARROSO, op. cit., p. 159-175, p. 162.

6 STRECK, op. cit., p. 59.

7 Ibid., p. 59-60.

8 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 14-5.



que as “inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”.<sup>9</sup>

Essas premissas teóricas, que realçam a centralidade do elemento jurisdicional do Estado, bem como o elemento político do Direito, provocam uma radical modificação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. A partir disso, é possível afirmar, com Clarissa Tassinari (2013, p. 27), que duas expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização da política.

As expressões ativismo judicial e judicialização da política costumam ser empregadas, quase que indistintamente, para trabalhar a ideia do acentuado grau de judicialização que caracteriza o momento atual do Direito brasileiro. Não se está, contudo, falando do mesmo fenômeno. É preciso, como aponta Tassinari (2013), diferenciar para compreender.

Luís Roberto Barroso (2011), por exemplo, aponta que a judicialização da política, no Brasil, é um fato, que se explica pela combinação de fatores como a redemocratização, um constitucionalismo abrangente e o sistema híbrido de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos normativos; ao passo que o ativismo judicial consistiria numa atitude, num modo específico e proativo de interpretar a Constituição, propiciado pela possibilidade de aplicação direta de normas constitucionais (mesmo sem intermediação legislativa) e por fatores como a prerrogativa de declaração de inconstitucionalidades e de imposição de deveres ao Poder Público.

Nessa linha, o contraponto entre judicialização da política e ativismo judicial, dar-se-ia em função da diferença existente nas causas que lhes deram origem. Barroso identifica o ativismo como um “modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance”, ou como uma postura que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”. Nestes termos o ativismo para ele, nada mais é do que “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes<sup>10</sup>.

Para Tassinari (2013) porém, o problema é que os elementos que Barroso elenca como caracterizadores do ativismo, no atual paradigma constitucional, devem ser inerentes a qualquer juiz no exercício de suas atribuições, ou seja, pelos critérios elencados pelo ilustre professor e ministro, não há como se compreender a distinção entre ativismo e judicialização.

9 CANOTILHO, 2001, p. 487.

10 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, op. cit. p. 279-280.



Contudo, não se pode discordar da leitura do fenômeno da judicialização como produto das transformações ocorridas no direito com advento do novo texto constitucional, consagrando o Estado Democrático de Direito que, sabido, desloca o polo de tensão do Executivo par ao Judiciário.

A propósito da judicialização, Vanise Regina Lírio do Valle, acertadamente afirma que a constitucionalização do direito após a segunda guerra mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro.<sup>11</sup> Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio suprir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados.

As novas Constituições, a remodelagem do Estado, bem como a existência de novos direitos (como os difusos) acabaram criando uma nova relação entre os Poderes, em que o Judiciário deixa de ser um poder inerte e alheio às transformações sociais.<sup>12</sup>

Segundo Tassinari (2013) a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário, do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa).

Nesse sentido Streck (2014b, p. 163-164) sustenta que:

Ativismo e judicialização são temas que frequentam as grandes discussões da teoria jurídica brasileira. O acentuado protagonismo do Poder Judiciário vem despertando, não só no Brasil, um conjunto de pesquisas que buscam a explicação desse fenômeno. Nesse sentido, a formação de uma “juristocracia” (ou judiciariocracia) — chamemos assim a esse fenômeno — não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder (no sentido da *Wille zur Macht*, de Nietzsche) manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual.

11 VALLE, Vanise Regina Lírio do (org.). **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32

12 VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELLO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.15.





Este fenômeno não é uma exclusividade brasileira. Há certa expansão do Poder Judiciário a acontecer, em maior ou menor grau, no cenário mundial.

As primeiras reflexões mais consistentes sobre o tema derivam dos Estados Unidos. Pelo menos desde 1803, com o célebre caso *Marbury v. Madison*,<sup>13</sup> onde discussões sobre o papel e os limites da atuação do Poder Judiciário passam a pautar o debate público norte-americano.

Leal (2011) citando Ronald Dworkin em sua tese, desenvolvida no texto *The judge's new role: should personal convictions count?*, publicado no *Journal of International Criminal Justice*, v. 1, março de 2003. New York: Damos, 2003, p. 4-12; observa:

Sustenta o autor americano no texto referido que ao longo dos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial começou-se a perceber de forma mais veemente nos Estados Unidos que a judicatura cada vez mais se pronunciava sobre questões morais ao interpretar e aplicar o sistema jurídico na solução de casos concretos.

Streck, acrescenta situações nas quais as decisões, tradicionalmente tomadas pelos meios políticos, acabaram judicializadas, como no caso da eleição norte-americana envolvendo George W. Bush e Al Gore; a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o papel da Alemanha na Comunidade Europeia, e o caráter federativo do Canadá.

É possível poder-se dizer, com Tassinari, que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem comprometimento de todos os poderes constituídos.

Observa Streck (2014b, p. 164) que:

[...] na verdade, a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição secundária do problema. A grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas. Aqui está o *busílis*. Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política.

13 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803).



É aqui que entra a necessidade de situar-se a diferença entre a judicialização e o ativismo judicial.

Através das abordagens realizadas, consegue-se identificar que a excessiva judicialização que assola as democracias modernas pede ser observada por um duplo viés: social e político, ou seja, ela emerge de com contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia da implementação destes fora da jurisdição, questões que se imbricam mutuamente.

A doutrina brasileira, de modo geral, concebeu as transformações ocorridas com o advento da Constituição de 1988 através da constatação da ocorrência de “uma ampliação do papel político institucional do STF”.<sup>14</sup>

Autores como Barroso (2016), Ramos (2010), Veríssimo (2010), em resumo identificam o ativismo como um excesso de controle de constitucionalidade (numa aplicação “direta”, sem filtros da Constituição), controle que apesar de existente desde a República, nunca havia sido exercido.

Ora, aplicar diretamente a Constituição, declarar inconstitucionalidades, impor eventualmente condutas ao Poder Público etc., nada mais são do que funções inerentes a qualquer juiz brasileiro. Todos os juízes, no exercício de suas atribuições, têm o dever de guarda da Constituição, e isso faz com que, nesta quadra da história, toda a jurisdição seja jurisdição constitucional (STRECK, 2011). Essa é a sua responsabilidade política.<sup>15</sup> Isso não necessariamente implica ou estimula, contudo, que o julgador assuma uma postura ativista, como se o cumprimento de finalidades constitucionais dependesse de suas atitudes, preferências ou escolhas (a saber: a escolha por um modo específico e proativo de interpretar a Constituição). Aplicar a Constituição pode não ser (nem deve ser, como se verá) uma conduta ativista.

A questão do ativismo tem menos a ver com um excesso de judicialização, ou de controle de constitucionalidade e mais com uma postura subjetivista e discricionária do judiciário, apropriando-se de competências que não tem.

Na obra coletiva “Diálogos institucionais e ativismo” escrita pelo grupo de pesquisa Novas Perspectivas da Jurisdição Constitucional (sucessor do Laboratório de Análise Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal), é possível identificar a sua jurisprudência ativista traduzida em “estratégias de reivindicação de competências que não seriam de plano reconhecidas”.<sup>16</sup>

Nesse sentido Lenio Streck afirma que:

14 VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista DireitoGV**, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008.

15 Segundo Ronald Dworkin (2002, p. 137), a “doutrina da responsabilidade política” implica que “as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”.

16 SILVA, Cecília de Almeida *et al.* **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 13-20.



[...] a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias e decorre desse processo todo que acima foi posto. O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in) competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas).<sup>17</sup>

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir das relações entre os poderes do Estado (pensemos aqui no deslocamento do polo de tensão entre os Poderes Legislativo e Executivo em direção à justiça constitucional [...])<sup>18</sup>

Para Streck<sup>19</sup> os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer.

[...] quando o STF decide que, no artigo 366 do CPP, a prova considerada urgente fica ao arbítrio do juiz decidir, está não somente fazendo ativismo, com a institucionalização da discricionariedade judicial — ponto importante para aferir o grau de ativismo e da judicialização — como também está 'legislando'. Não parece que o legislador, ao estabelecer, nos marcos da democracia, que a prova considerada urgente possa ser colhida de forma antecipada, tenha 'querido' deixar isso ao bel prazer do juiz... Bom, mas foi isto que o STF disse que o dispositivo 'quer dizer'. Atenção: sei que o STF mudou sua posição depois disso (HC 114.519). O que importa, entretanto, é que assim já havia julgado.

Ainda: quando o legislador institucionaliza o sistema acusatório no Código de Processo Penal, mediante a aprovação de uma alteração significativa do artigo 212, o STJ e o STF negam validade ao dispositivo, sem qualquer arguição sobre a inconstitucionalidade do novel dispositivo. Simplesmente se negam a cumprir o dispositivo. Isso é ou não é ativismo? O sol nascerá amanhã? O produto do legislador não está conspurcado pelo Poder Judiciário? E veja-se o

17 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial em números?** Coluna *Observatório Constitucional*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em: ago. 2018.

18 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit. p. 589, nota de rodapé 123.

19 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial em números?** Coluna *Observatório Constitucional*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em: ago. 2018.



alcance desse tipo de decisão (por todos, o HC 103.525 – STF). Com isso, diariamente, milhares de acusados têm seus direitos violados por falta do cumprimento de um dispositivo que trata de direitos fundamentais. E assim por diante.<sup>20</sup>

Segundo ele, o que sustenta esse modo de julgar é a filosofia da consciência. Entende que o direito não superou o que a filosofia já fez há muito tempo:

Para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência. Por isso era possível revelá-la.

A superação do objetivismo dá-se na (ou com) a modernidade. Com o advento do iluminismo, o fundamento não é mais o essencialismo. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra 'sujeito' muda de posição. Ele passa a 'assujeitar' as coisas. É o que se pode chamar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão.

Já a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o 'nome' do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que se passou a ser denominado de 'giro linguístico'. Esse giro 'liberta' a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara na modernidade para a consciência.

Correndo sempre o risco de simplificar essa complexa questão, pode-se afirmar que no *linguistic turn*, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia, transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não mais na consciência de si do pensamento pensante). O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que *o que morre é a subjetividade 'assujeitadora' e não o sujeito da relação de objetos [...]*.

[...] Com o giro – que aqui denomino de ontológico-linguístico – o sujeito não é fundamento do conhecimento.

[...] a novidade é que o sentido não está mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão [...]

[...] nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (*selbstsüchtiger*)<sup>21</sup> que

20 Idem.

21 Numa tradução literal seria o sujeito “viciado em si”; filosoficamente seria um sujeito privilegiado,



constrói seu próprio objeto de conhecimento. Nesse sentido a viragem ontológico-linguística se coloca como o que *precede* qualquer relação positiva. Não há mais um 'sujeito solitário'; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito[...]  
 [...] trata-se, fundamentalmente, de uma 'virada hermenêutica' [...] pela qual se vê como tarefa primeira, o reconhecimento de que a universalidade da compreensão é condição de possibilidade da racionalização (ou da posituação).

Nesse sentido Stein sustenta<sup>22</sup> que superando-se do paradigma da filosofia da consciência, o acesso a algo não será mais de forma direta e objetivante, mas sim pela mediação do significado e do sentido. Não existe acesso às coisas sem mediação do significado. Não temos acesso às coisas assim como elas são, mas sempre a partir de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, *a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore*. Isto é mediação do significado.

Podemos pois, afirmar, que a linguagem faz essa mediação, a linguagem é a condição de ser desse relacionamento; por isso não podemos afirmar que “um ônibus é uma bicicleta”;<sup>23</sup> por isso quando a norma diz que *ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva*. (CPP, art. 282 – Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011); ou quando dispõe que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (Constituição Federal, art. 5º, LVII); ou ainda quando estabelece que *as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida e que sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição*. (CPP, art. 212 e § único – (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008); parece claro que quando assim dispostas e redigidas elas dizem algo, elas dão um sentido, um condicionante que ao intérprete não é possível alterar. Ao intérprete não é dado “preencher” o sentido da norma quando não há vazio a ser preenchido; não lhe é permitido substituir o sentido da coletividade expresso na lei pelo sentido de pensamento subjetivista; ao intérprete, nesses casos, não é dado decidir conforme sua consciência.

Dizendo de outro modo, se a norma/lei é clara, não tendo lacunas de sentido, ela tem incidência cogente, não sendo possível ao intérprete afastar essa incidência, não

que constrói/controla o mundo a partir de suas convicções.

22 STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 86.

23 STRECK, Lenio Luiz. O direito e três tipos de amor: o que isto tem a ver com subjetivismo? Coluna **Senso Incomum** in <https://www.conjur.com.br/2016-dez-15/senso-incomum-direito-tres-tipos-amor-isto-ver-subjetivismo>. Acesso em: ago. 2018.





lhe é possível deixar de aplicá-la, a menos, é óbvio que afaste sua incidência naquelas hipóteses em que isso é possível através de um controle de constitucionalidade. Se não houve esse controle sobre a lei ou a norma, ela **tem de ser cumprida**.

Os paradigmas conformam o nosso modo de compreender o mundo e nada está a indicar que o direito esteja imune a isso, de modo que não poderiam passar despercebidas teorizações, enunciados, decisões que reduzem o complexo “ato de julgar” à *consciência do intérprete*, como se o ato (de julgar) devesse apenas “explicações” a um, por assim dizer, “tribunal da razão” ou decorresse de “ato de vontade” do julgador (STRECK, 2010, p. 18).

A questão que se coloca a seguir é a da superação desse problema.

### 3 Aportes finais. O que fazer com os juízos morais, o que fazer com a subjetividade?

Reconhecer ou deixar de reconhecer determinado direito, numa demanda judicial, é uma questão de democracia. Numa democracia os juízes não têm escolha (no sentido de poderem escolher aplicar ou não aplicar determinada norma). Na democracia juiz não escolhe. Decide. E decide não conforme suas convicções pessoais ou seus juízos morais, mas sim de acordo com o ordenamento jurídico do Estado; no caso brasileiro decide de forma fundamentada, dando as razões jurídicas de seu convencimento (Constituição, art. 93, IX).

Um dos elementos centrais desse tema, e particularmente relevante para a discussão do ativismo judicial, é a questão a respeito de quais argumentos o Poder Judiciário está autorizado, desde um ponto de vista democrático, a mobilizar para resolver as demandas que chegam à sua jurisdição.

Ainda que de modo breve pelos limites desse ensaio, entendemos que juízes e tribunais devem tomar decisões geradas por argumentos de princípio, não por políticas, isto é, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral (DWORKIN, 2002).

Sustenta o pensador norte-americano que a judicatura não deve invocar argumentos que caracterizem convicções pessoais de ordem moral – *own personal morality* – (LEAL, 2011). Mesmo quando precisam decidir questões que envolvam problemas de dimensões morais, não devem confiar nas suas convicções pessoais morais, mas na moralidade da comunidade como um todo, ou nos princípios oriundos da história da Nação (LEAL, 2011).

É preciso ter cuidado no sentido de que decidir por princípios não pode ser encarado como alibi para nova discricionariedade.



No dizer de Streck (2010, p. 96) as teorias do direito e da Constituição, preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente, necessita de um conjunto de princípios que tenham nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de: a) preservar a autonomia do direito, garantindo respeito à sua integridade e coerência; b) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; c) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (imposição de limites às decisões – o problema da discricionariedade); d) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.

#### 4 O caso concreto – síntese

O caso judicial em concreto, que serviu de base fática para este trabalho, diz respeito à Apelação-Crime nº 70070480017 (CNJ: 0258195-28.2016.8.21.7000), 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, comarca de Estrela, julgada em 14.11.2017.

Onde o réu, recorrendo da sentença que o condenou em 1º grau, dentre outras, alegou a nulidade da audiência de instrução e por conseguinte da sentença, face à inobservância da regra contida no art. 212 do CPP, já que a juíza tomou a iniciativa probatória, formulando, ela própria, as perguntas às testemunhas.

Tanto em 1º quanto em 2º grau o parecer do Ministério Público foi no sentido do desacolhimento da nulidade arguída.

O voto do relator foi no sentido oposto, acolhendo a tese da nulidade, sustentando: a) não fazer sentido falar-se em nulidade relativa quando se está a tratar da imposição constitucional de respeito ao devido processo legal; b) do mesmo modo, não é possível exigir a demonstração de prejuízo para a decretação da nulidade, uma vez que, pela filtragem constitucional do processo penal, forma é garantia, e se existe um tipo processual que determina/garante certa forma de prática do ato e se essa forma é desrespeitada ou violada, o prejuízo, por óbvio, é presumido. Nesse contexto, o “princípio” (*sic*) *pas de nullité sans grief* não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, de maneira que toda nulidade pressupõe um prejuízo; c) tampouco é cabível alegar que as partes, em determinados casos, convalidaram os atos instrutórios, sob pena de se passar de um “processo de partes” para um “processo das partes”. O conceito de convalidação, como decorrência da preclusão, é inadequado, pois convalidar como o “tornar válido pelo decurso do tempo” é o mesmo absurdo de tornar legal um ato absolutamente ilegal porque ninguém reclamou no “momento oportuno”. Ora, o processo penal não pode cancelar ilegalidades praticadas por agentes do Estado usando esse subterfúgio.



Estamos tratando da violação de garantias constitucionais e não de irregularidades contratuais ou discussões “privadas”; d) a Constituição, ao dispor, no art. 129, inc. I, que cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, afastando da alçada do Poder Judiciário prerrogativas de ingerências na acusação, estabeleceu, concomitantemente, o princípio (ou sistema) acusatório. E com a reforma processual penal, levada a cabo pelas Leis nº 11.689/08 (Tribunal do Júri), 11.690/08 (prova) e 11.719/08 (procedimento), mais um importante passo foi dado na direção da concretização desse princípio. Isso ficou evidente, entre outros aspectos, no que diz respeito à produção da prova, com a substituição do sistema presidencialista ou inquisitorial pelo fiscalizador ou garantidor, vinculado ao *cross-examination*, na medida em que passou a ser competência do juiz apenas o indeferimento de perguntas impertinentes e, em caráter excepcional, a complementação da inquirição das testemunhas a respeito de pontos eventualmente não esclarecidos, conforme determina a nova redação do art. 212 CPP. Hoje, já não é mais possível desconhecer que a Constituição, ao estabelecer o sistema acusatório, não recepcionou uma série de institutos processuais penais, marcados pelo seu caráter inquisitório, visto que absolutamente incompatíveis com o sistema acusatório adotado pelo novo paradigma constitucional; e) como não houve revogação formal do dispositivo, nem afastada a sua incidência por algum controle de constitucionalidade, a sua incidência ao caso era cogente, uma vez que a magistrada que presidiu os atos da instrução criminal (mídias, ff. 189 e 200) foi muito além de qualificar, tomar compromisso e contextualizar as testemunhas, tendo adotado postura nitidamente inquisitorial, iniciando a formulação das perguntas, portanto se antecipando à parte que as arrolou e, em alguns momentos, conduzindo as respostas.

O voto revisor e afinal vencedor foi no sentido de que: a) a nulidade da audiência de instrução pela ausência do representante ministerial deve ser rejeitada, uma vez que, se existente, é de natureza relativa, dependendo da oportuna arguição e da comprovação de efetivo prejuízo aos acusados (art. 563, CPP), o que inorreu no caso; b) não há vedação ao juiz, que preside a audiência, de perguntar aos réus e às testemunhas. O entendimento encontra-se pacificado nos Tribunais Superiores (*RHC 117665, Relator: Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 10.09.2013, e RHC 68.845/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 22.11.2016*). Ressaltando que a inquirição dos réus, sobre os fatos constantes da denúncia, continua sendo atribuição do Juiz, pois o ato possui regramento próprio, consoante os arts. 187 e 188, do CPP;

Esta é a posição majoritária do Segundo Grupo Criminal, deste Tribunal (*EMBARGOS INFRINGENTES E NULIDADE. LESÃO CORPORAL (ART. 129, § 9º, DO CP). PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. ART. 212, DO CPP. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO. A inobservância à regra do art. 212, do CPP, em virtude do não comparecimento do*



*Promotor de Justiça na audiência de instrução e interrogatório enseja mera nulidade relativa, estando o seu reconhecimento atrelado à prova do prejuízo e se sujeitando à preclusão. Na espécie, mesmo que o Julgador não tenha se limitado a complementar a inquirição, mas sim conduzido a audiência e inquirido as testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, inexistindo prova do prejuízo à defesa (art. 563, do CPP), inviável a nulificação do aludido ato processual).* Bem como posição da Câmara: (Apelação Crime Nº 70074511601, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 09/11/2017; Apelação Crime Nº 70074366527, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 14/09/2017; Apelação Crime Nº 70069277762, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Redator: Julio Cesar Finger, Julgado em 28/07/2016); c) o juiz deve estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto; deve suprir as deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par conditio*; e não pode se satisfazer com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova; deve assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, determinando sua produção, sempre que necessário, como quer Antonio Magalhães Gomes Filho, em seu texto *As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*.

E isto se dá porque o processo (em face do duplo grau de jurisdição) e o juiz são os destinatários das provas, razão pela qual também quem as colhe para formar convicção e julgar pode sim inquirir as testemunhas no feito. Aliás, se pode suprir eventuais deficiências dos litigantes, igualmente pode iniciar a inquirição das testemunhas, passando a palavra às partes para que façam perguntas diretas posteriormente.

## Referências

BARROSO, Luis Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. *In*: ROSA, Alexandre Morais da (org.). **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 159-175.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto N. Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (org.) **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. Possibilidades procedimentais de controle dos conteúdos morais das decisões judiciais. 2011. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/viewFile/962/538>. Acesso em: ago. 2018

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre, EDIPUCRS, 1997.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **Compreender o Direito** – como o senso comum pode nos enganar. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014b.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. O direito e três tipos de amor: o que isto tem a ver com subjetivismo? Coluna **Senso Incomum**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-15/senso-incomum-direito-tres-tipos-amor-isto-ver-subjetivismo>. Acesso em: ago. 2018.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto, o ativismo judicial em números? Coluna **Observatório Constitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em: ago. 2018.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, 20 anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4(2), p. 407-440, jul./dez. 2008.





# O PLANEJAMENTO DO ENFRENTAMENTO DA EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS RODOVIAS BRASILEIRAS

*André Viana Custódio<sup>1</sup>*

*Rafael Bueno da Rosa Moreira<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

A exploração sexual comercial é uma forma de violação de direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes que possui um contexto peculiar de complexidades causais e consequenciais. As rodovias brasileiras são locais onde costumeiramente vêm ocorrendo tais práticas e necessitam ser levadas em conta no planejamento da execução de políticas públicas, sendo territórios que não podem ser deixados de lado na estruturação de ações estratégicas em vista da sua ocorrência de forma continuada.

A Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho orienta o enfrentamento a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes como uma das piores formas de trabalho infantil que deve ser enfrentada de forma prioritária. Consiste em ser toda atividade sexual que for realizada por crianças ou adolescentes mediante uma contraprestação financeira, material, serviço, benefício ou facilidade, com ou sem intuito econômico e visa possibilitar cumprir com as necessidades de subsistência ou de consumo. No Brasil, é considerada criança a pessoa que possua até doze anos de idade incompletos e adolescente a pessoa que esteja entre os doze anos de idade completos e os dezoito anos de idade.

O objetivo geral para a pesquisa está estruturado em analisar a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes nas rodovias brasileiras, tendo-se por objetivos

- 
- <sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Coordenador Adjunto e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). E-mail: andreviana.sc@gmail.com.
  - <sup>2</sup> Doutorando em Direito com Bolsa Prosc Capes Modalidade II e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC) e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Região da Campanha – URCAMP/Bagé. Coordenador do Projeto de Extensão sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS e do Projeto de Pesquisa sobre Violência Intrafamiliar contra Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas, vinculados ao Curso de Direito da URCAMP. Endereço eletrônico: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.





específicos: contextualizar a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em rodovias brasileiras; explicitar a proteção jurídica em relação aos direitos de crianças e adolescentes e contrários a exploração sexual comercial, utilizando-se da base teórica da proteção integral; e demonstrar a importância do planejamento das políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes.

O problema que orienta a realização da presente investigação, pretendendo-se a sua resolução, é: “Como deve ser desenvolvido o planejamento do enfrentamento da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes no contexto das rodovias brasileiras?”.

O método de abordagem é o dedutivo, os métodos de procedimento são o monográfico e o estudo de caso factual, que conta com a coleta de dados dos indicadores oficiais relatados pela Polícia Rodoviária Federal em relação a exploração sexual comercial em rodovias brasileiras e em estudos sobre o tema. As técnicas de pesquisa são a bibliográfica e documental, mediante análise de artigos, livros, legislações, bases de indicadores nacionais, mapeamentos e planos.

## 2 O contexto da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em rodovias brasileiras

Em ações realizadas em parceria intersetorial entre Polícia Rodoviária Federal, Organização Não Governamental *Childhood* Brasil, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Organização Internacional do Trabalho e setor privado, desenvolveu-se o Mapeamento dos Pontos Vulneráveis à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes nas Rodovias Federais Brasileiras. Houve o mapeamento de pontos considerados confirmados, com indícios ou vulneráveis à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes. O relatório do ano de 2012 trouxe a consolidação de dados levantados pela Polícia Rodoviária Federal no lapso temporal de 2005 até 2012, expondo que foram realizados 3.251 resgates de crianças e adolescentes que estavam sendo exploradas sexualmente de forma comercial nas rodovias brasileiras. Os resgates foram de 121 em 2005, 322 em 2006, 469 em 2007, 663 em 2008, 502 em 2009, 511 em 2010, 543 em 2011 e 120 em 2012 (BRASIL: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; et al., 2012, p. 15-16; 22).

Quando da análise de indicadores coletados nos anos de 2005 e 2010 sobre a profissão de caminhoneiro no Brasil, foi questionada a disponibilidade de sexo nas rodovias, tendo-se chegado a percentuais em relação as respostas para cada quesito utilizado na pesquisa: “Comumente se veem meninos e meninas envolvidos na exploração sexual comercial”: responderam sim, 93,7% em 2005 e 89,6% em 2010; “Comumente se veem crianças e adolescentes envolvidos com a exploração sexual comercial em postos e estradas”: responderam sim, 88,4% em 2005 e 84,6%



em 2010; “Em geral, meus colegas caminhoneiros saem com meninas e meninos menores de 18 anos para fazer programas”: responderam sim, 85,8% em 2005 e 70,0% em 2010; “Acho que alguma prostituta com quem saí tinha menos de 18 anos”: responderam sim, 36,8% em 2005 e 17,9% em 2010 (CERQUEIRA-SANTOS, 2010, p. 12).

Afirma-se que a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é uma prática que vem se ocorrendo no Brasil, principalmente em razão dos problemas culturais que envolvem a infância e que se reproduziram ao longo da história brasileira devido as extremas desigualdades sociais, pobreza ou insuficiência de estratégias de políticas públicas.

As situações de pobreza, extrema pobreza e exclusão social implicam invariavelmente na privação de condições elementares para a para a subsistência e vida em sociedade, refletindo diretamente na limitação da cidadania. Enquanto a situação de extrema pobreza gera privações mais significativas em relação as condições basilares para a vida em sociedade, a situação de pobreza restringe o acesso à direitos em consequência da privação econômica. Já a situação de exclusão social decorre da falta de acesso aos direitos sociais.

O adultocentrismo e a coisificação da infância são consideradas também são considerados como causas para a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes:

[...] todo ato ou omissão praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que – sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima – implica, de um lado, uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. (GUERRA, 2001, p. 32-33).

A coisificação da infância impõe a objetificação de crianças e adolescentes, dando tratamento mercadológico. E o adultocentrismo centraliza as relações sociais nos adultos, em vista da sua importância para o mercado, colocando crianças e adolescentes em segundo plano.

A exploração sexual comercial como uma forma de trabalho infantil traz consequência perversas para o desenvolvimento humano. No viés educacional, prejudica a aprendizagem e gera evasão escolar. Em relação a saúde, traz impactos negativos ao desenvolvimento físico e psicológico, além da possibilidade constante de adquirir doenças sexualmente transmissíveis e de gravidez prematuramente. Do ponto de vista econômico, a exploração sexual comercial perpetua o ciclo intergeracional da pobreza e exclui socialmente, havendo a reprodução e manutenção das condições de restrições econômicas (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 89-95).



Evidencia-se que a exploração sexual comercial é uma nefasta modalidade de violação de direitos de crianças e adolescentes, que impacta sensivelmente no desenvolvimento humano de maneira integral e vem ocorrendo em distintos pontos das rodovias brasileiras.

### 3 A proteção jurídica contra a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes no Brasil

A exploração sexual comercial é uma das piores formas de trabalho infantil e pode ser definida como toda atividade de caráter sexual ou pornográfico realizada por crianças ou adolescentes mediante contrapartida financeira ou outro benefício, visando adquirir condições de suprir com as necessidades de subsistência ou em prol da realização do consumo.

O direito da criança e do adolescente no Brasil institui como marco a teoria da proteção integral, que está consolidada por meio da estruturação da legislação nacional e ratificação de legislações internacionais, o que deu sustentação ao direito da criança e do adolescente a partir do ano de 1988, gerando o reconhecimento universal de crianças e adolescentes como sujeitos titulares de garantias e direitos fundamentais, primando-se pelo respeito a situação peculiar de desenvolvimento. Na teoria são utilizados de princípios, direitos fundamentais e regras jurídicas em prol do desenvolvimento integral de crianças e adolescentes (CUSTÓDIO, 2008, p. 30-31). As bases teóricas consistentes do atual Direito da Criança e do Adolescente dificulta que haja retrocessos e se reproduzam ideias superadas cientificamente (VERONESE, 2015, p. 01-05).

No âmbito internacional, conta com as ratificações da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, da Convenção 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho, tendo se comprometido em erradicar o problema a partir de adequação jurídica e de desenvolvimento de políticas públicas (ONU, 1989; OIT, 1973; OIT, 1999).

A Convenção sobre Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas é relativa à universalidade de pessoas no período geracional da infância de forma igualitária:

Artigo 2º. 1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. (ONU, 1989).



Por meio dela, protege-se contra a exploração sexual comercial desde a perspectiva internacional, instituído: os direitos à saúde e à segurança (art. 3º, 24 e 25); os direitos ao desenvolvimento e à vida (art. 6º); o direito à educação gratuita e acessível na idade certa (art. 18 e 28); a proteção contra todas as formas de violência física ou mental (art. 19); o direito a convivência familiar harmônica (art. 9º); o direito à liberdade de expressão (art. 13); o direito ao descanso e ao lazer (art. 31); a proteção contra qualquer forma de castigo ou de discriminação (art. 2º); a proteção do bem-estar social (art. 3º); o direito ao não trabalho, a proteção contra a exploração econômica e o direito ao trabalho regular, conforme as condições pertinentes à idade (art. 32) (ONU, 1989).

A Organização das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho influenciou a proteção dos direitos da criança e do adolescente e a proteção contra a exploração sexual comercial no Brasil.

[...] O direito internacional teve papel fundamental neste desenvolvimento, pois através da ratificação da Convenção sobre os Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas e das Convenções 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho, iniciou-se um efetivo processo de proteção às crianças e aos adolescentes no país. Tais órgãos influenciaram na legislação nacional, tendo seus conceitos, princípios e prerrogativas inseridos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e em demais leis, no sentido de aumentar a proteção infantil e adolescente. Este marco temporal influenciou o governo, pois, a partir das referidas ratificações, houve um maior comprometimento por meio da instituição de políticas públicas intersetoriais de enfrentamento ao trabalho infantil, havendo uma diminuição efetiva no número de crianças e adolescentes explorados, o que foi comprovado pelos índices oficiais do Estado brasileiro. (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018, p. 195).

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi instituída pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 20 de novembro 1989, sendo ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. A Convenção estabeleceu rol de direitos humanos em que a universalidade de crianças e adolescentes é titula, expressando direitos que são violados pela exploração sexual comercial (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1990).

A Convenção sobre os Direitos da Criança trouxe, também, o compromisso dos Estados-Membros em investirem em políticas públicas para a efetivação do que foi pactuado internacionalmente, tendo por objetivo:

Que estas políticas atendam e proporcionem melhores condições de vida, melhores condições de desenvolvimento, sadio e harmonioso,



e que zelem pelo cumprimento integral dos direitos inerentes à fase da infância. Que haja um reordenamento estratégico no campo das políticas públicas que incluam verdadeiramente as crianças, os adolescentes e suas famílias. (LIMA, 2017, p. 91).

A Convenção 138 Organização Internacional do Trabalho foi ratificada pelo Brasil no dia 15 de fevereiro de 2002, por meio do decreto n. 4.134. Nela está previsto o comprometimento do Estado-Parte de estabelecer em sua legislação interna uma idade mínima de admissão ao emprego, sendo a normativa internacional geral contra todas as formas de trabalho infantil (OIT, 1973).

A Convenção 182 de 1999 expressa a proibição das piores formas de trabalho infantil e as ações imediatas para sua eliminação. É um instrumento direcionado a modalidades de trabalho infantil que prejudicam significativamente o desenvolvimento de crianças e adolescentes, trazendo ações prioritárias para a sua erradicação. A convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000 (OIT, 1999).

No artigo 3º estão disciplinadas as piores formas de trabalho infantil, o que abrange a exploração sexual comercial:

Art. 3º - Para efeitos da presente Convenção, a expressão "as piores formas de trabalho infantil" abrange: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas; c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes; e, d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças. (OIT, 1999).

A proteção dos direitos de crianças e adolescentes está constitucionalizada no Brasil, sendo importante conquista no sentido de garantia de direitos inerentes à infância e enfrentamento de todas as suas violações. O mais importante artigo sobre o tema é o artigo 227<sup>3</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil, que protege

3 Constituição Federal, artigo 227 – “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.



juridicamente uma multidimensionalidade de direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente. Ele diversificou em relação a princípios, estabelecendo a proteção integral, tríplice responsabilidade compartilhada, prioridade absoluta, garantismo e dignidade da pessoa humana. Também prevê como preceito básico possibilitar que crianças e adolescentes estejam a salvo de toda forma de violência, discriminação, exploração, crueldade, opressão ou negligência (BRASIL, 1988). Já o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a regulamentação específica do previsto constitucionalmente, abrangendo as matérias de forma mais ampliada e detalhada, especialmente nos seus artigos 1<sup>o</sup><sup>4</sup> e 4<sup>o</sup><sup>5</sup> (BRASIL, 1990). Como forma de humanização e de se assegurar a condição de sujeitos de direitos foram estabelecidas garantias, havendo respeito especial a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que necessita de proteção especial.

Toda a construção protetiva para a erradicação da exploração sexual comercial visa a garantia da proteção integral de crianças e adolescentes, que foi instituída em vista da condição peculiar necessária ao período geracional da infância para que seja garantido o desenvolvimento físico, psicológico, mental, sociocultural, moral e biológico.

#### **4 A relevância do planejamento das políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes nas rodovias brasileiras**

Para o enfrentamento ao problema é necessário planejar estratégias de ações que serão desenvolvidas no âmbito do Sistema de Garantia de Direitos. São as políticas públicas que realizam ações com o fulcro de erradicar a exploração sexual comercial a partir dos níveis que compõem o sistema.

O 1<sup>o</sup> nível de políticas públicas é o de atendimento, onde haverá a formulação, a deliberação e o controle das ações e estratégias políticas por meio do Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes para que sejam atendidos os direitos à saúde, educação, assistência social, cultura, esporte e lazer (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018, p. 308).

O 2<sup>o</sup> nível de políticas públicas é o de proteção, onde haverá o enfrentamento das ameaças ou violações de direitos de crianças e adolescentes, por intermédio da atuação dos Conselhos Tutelares, Ministérios Públicos Estadual, Federal e do Trabalho e Ministério do Trabalho (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018, p. 308).

4 Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 1<sup>o</sup> – “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

5 Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 4<sup>o</sup> – “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.





E o 3º nível político é o de justiça, que é desenvolvido pelo Sistema de Justiça e busca a responsabilização dos sujeitos violadores de direitos da criança e do adolescente pela atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018, p. 309).

O desenvolvimento de políticas públicas numa lógica intersetorial, articulada, descentralizada e em rede é um dos passos fundamentais para a erradicação da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes nas rodovias brasileiras a partir de diagnósticos que objetivem onde devem ser realizadas as ações de políticas públicas municipais, utilizando-se dos mapeamentos já realizados pela Polícia Rodoviária Federal - PRF.

Cada órgão político possui atribuições estratégicas em prol do enfrentamento da exploração sexual comercial, por meio do planejamento das ações coordenados pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente e executado pelo Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes e Rede de Atendimento. O planejamento se dará a partir do diagnóstico e deve levar em conta toda a área municipal. Como a ocorrência da exploração sexual comercial de crianças e adolescente em rodovias é, geralmente, longe da área urbana municipal, ela vem sendo deixada de lado pelas políticas públicas. Por tais motivos, no âmbito local, é necessário prever ações de políticas públicas para o enfrentamento do problema, o que deve ser consolidado por estratégias previstas nos planos municipais que tratem de direitos humanos de crianças e adolescentes, prevenção e erradicação do trabalho infantil e enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes.

O âmbito municipal é o local onde irão ser desenvolvidas políticas públicas para crianças e adolescentes com o estímulo a uma efetiva participação social, que é de suma importância para o aperfeiçoamento da efetivação do direito. Em decorrência de que é no âmbito local que se está mais próximo do destinatário final da política, a participação social no planejamento das ações e estratégias traz maior possibilidade de êxito: “Pelo fato de estar mais próximo do cidadão, o Poder Local é mais factível de ser democratizado e de oportunizar uma maior participação da comunidade. Mediante o espaço local são produzidas identidades próprias à pluralidade de sujeitos [...]” (SANTIM, 2010, p. 423 – 425).

Assim, assevera-se a importância de que o planejamento das políticas públicas de erradicação da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes no âmbito municipal levem em conta o contexto das rodovias, visando cumprir com um território que vem sendo olvidado em relação ao desenvolvimento de ações estratégicas em prol da proteção integral de direitos humanos e fundamentais inerentes ao desenvolvimento da infância.



## 5 Conclusão

Pode-se identificar que o Brasil consolidou proteção jurídica para que possa ser exercido o enfrentamento da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, especialmente pós ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas e das Convenções 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho, assim como da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Porém, as maiores dificuldades para a erradicação da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes estão relacionadas as dimensões políticas, econômicas e sociais, em vista da falta de estruturação para o exercício de ações adequadas com o fulcro de efetivação de direitos fundamentais por parte das políticas públicas, do contexto de desigualdade social e pobreza, que leva a exploração da infância devido as necessidades financeiras constantes para a subsistência familiar, e da falta de responsabilidade social de cidadãos com as crianças e adolescentes brasileiras, causas que são complexas e necessitam de planejamento para sua modificação.

Por consequência, alguns adultos se utilizam da sua situação de poder, etário e econômico, para explorar sexualmente crianças e adolescentes de forma comercial, o que viola direitos humanos e fundamentais, assim como gera consequências ao desenvolvimento integral em sua multidimensionalidade. Dessa forma, não é exercida a proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes, que é tríplice, ou seja, da família, Estado e da sociedade.

Para enfrentar as violações de direitos de crianças e adolescentes na exploração sexual comercial em rodovias brasileiras, destaca-se a relevância de que haja o planejamento de ações estratégicas no contexto municipal, levando-se em conta parte do território que, muitas vezes, é esquecido. Dessa forma, haverá a potencialidade de garantia de direitos dessas crianças e adolescentes em situação de violação de direitos nas suas múltiplas dimensões, assim como poderá se buscar sensibilizar a sociedade em relação aos prejuízos que o problema vem proporcionando.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm). Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; et al. **Mapeamento dos pontos vulneráveis à exploração sexual de crianças e adolescentes nas rodovias federais brasileiras**: 2011-2012. Brasil: Secretaria de



Direitos Humanos da Presidência da República; *et al.* 2012.

CERQUEIRA-SANTOS, Elder (coordenador da pesquisa). **O perfil do caminhoneiro no Brasil**. Brasil: Childhood, 2010.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressupostos para a compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**: Revista do programa de pós-graduação do mestrado e doutorado, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008.

CUSTÓDIO, André Viana.; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes**: reflexões contemporâneas no contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai. Curitiba: Multideia, 2015.

CUSTÓDIO, André Viana.; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 27., 2018, Salvador. **Anais eletrônicos**[...]. Salvador: UFBA, 2018.

GUERRA, Viviane N. de Azevedo. **Violência de pais contra filhos**: a tragédia revisitada. São Paulo: Cortez, 2001.

LAPIERRE, Jean-William. **Qué es ser ciudadano**. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.

LIMA, Fernanda da Silva. Crise humanitária internacional e os direitos das crianças migrantes ou refugiadas: uma análise da opinião consultiva nº 21 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista do Direito**: Revista do Programa de Pós-graduação do Mestrado e Doutorado, Santa Cruz do Sul, v.1, n. 51, p. 87-107, jan./abr. 2017.

ONU. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 05 fev. 2019.

OIT. **Convenção 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego**. 1973. Disponível em: <http://white.oit.org.pe/ipec/pagina.php?seccion=47&pagina=156>. Acesso em: 05 fev. 2019.

OIT. **Convenção 182 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação**. 1999. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019.

SANTIN, Janaina Rigo. Poder local e gestão democrática municipal: uma análise a partir da teoria do discurso em Jurgen Habermas. *In*: HERMANY, Ricardo (org.). **Empoderamento social local**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.



# A VISIBILIDADE DO ESPAÇO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

*Fernanda Schwertner<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

A produção, a publicação e a circulação de informação têm sido aspectos centrais da vida social, os quais acabam ganhando novas formas com o desenvolvimento da mídia. Este artigo aborda o conceito de espaço público habermasiano e a influência que a internet e a mídia exercem sobre este, buscando situá-lo no ambiente de novas tecnologias que vivenciamos.

O artigo recupera o conceito de espaço público proposto por Habermas, desde sua origem em direção à atualidade. Partindo desse esclarecimento inicial, a proposta orienta-se para a questão da influência que a internet e a mídia exercem sobre o espaço público habermasiano, o qual prevê as condições ideais de fala, dentre as quais está o direito a livre manifestação, a informação, a comunicação sem violência, igualdade dos argumentos.

Pretende-se com o presente trabalho demonstrar que a mídia e a internet, tratam-se do centro da visibilidade e local de legitimação, enquanto constituintes do espaço público atual. Nesse sentido, salienta-se a necessidade de uma esfera pública informada ou indignada, cujo sujeito é o público enquanto portador de opinião pública, bem como a importância da esfera pública enquanto local de interação social, mediada pela comunicação e suas tecnologias, no qual a prestação de contas e a transparência apresentam-se como meios de justificar ações e buscar sua aceitação como legítimas.

Diante disso, surge a seguinte indagação: qual a influência exercida pela mídia e pela internet na esfera pública habermasiana? Para responder ao problema de pesquisa, pretende-se demonstrar a origem e o conceito de esfera pública de Habermas. Na sequência, realiza-se uma abordagem da mídia e da internet como centro de visibilidade.

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC – Santa Cruz do Sul – RS). Bolsista BIPPS – Edital 2019. Área de Concentração em Constitucionalismo Contemporâneo, Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC – Santa Cruz do Sul – RS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho Universidade de Caxias do Sul (UCS – Caxias do Sul – RS). Membro do grupo de pesquisa (CNPq) “Direitos Fundamentais na Sociedade da Informação”, sob a coordenação do Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo. E-mail < feschwertner@hotmail.com >.



## 2 O conceito de esfera pública de Habermas

A compreensão da relação entre a Sociedade da Informação e a sociedade baseia-se no entendimento de alguns fenômenos sociais, como o de espaço público, o qual é entendido pelo sociólogo Jürgen Habermas (1984) como uma das categorias centrais da sociedade.

Na sua obra ‘Mudança Estrutural na esfera pública’, Habermas menciona a respeito da multiplicidade de significados que envolvem a utilização dos termos “público” e “esfera pública”, significados que tiveram origem em diferentes fases históricas. De acordo com o autor “chamamos de públicos certos eventos quando eles, em contraposição às sociedades fechadas, são acessíveis a qualquer um – assim como falamos de locais públicos ou de casas públicas” (HABERMAS, 1984, p.14).

O termo ‘público’ pode designar lugares que não são de acesso comum, porém abrigam instituições públicas, ou seja, do Estado. A palavra também tem outro significado, vinculado à recepção dos públicos, o qual adquire uma força de representação que envolve um reconhecimento público (SCHEID, 2018).

Com relação ao termo ‘esfera pública’, algumas vezes é usado no sentido de esfera da opinião pública, em contraponto ao poder público. Uma esfera pública informada ou indignada, sendo o público o sujeito enquanto portador de opinião pública. Habermas afirma que “de acordo com algumas situações, inclui-se entre os órgãos de esfera pública os órgãos estatais ou os mídias que, com a imprensa, servem para que o público se comunique” (1984, p.15).

De acordo com Habermas, a origem do termo ‘esfera pública’ está vinculado ao desenvolvimento da sociedade burguesa, apesar de já se falar em “público” muito antes desse período quando se referia aquilo que não é “privado”. Refere-se que para os gregos a esfera pública destacava-se como um reino da liberdade e da continuidade, “só à luz da esfera pública é aquilo que consegue aparecer, tudo se torna visível a todos” (HABERMAS, 1997, p.16). Percebe-se, assim, que características da esfera pública como um espaço de reconhecimento público, um lugar de representação social.

Pode-se dizer que o autor (1961) inspirado no conceito da existência humana de Hanna Arendt, faz um estudo histórico da polis grega e do comportamento dos cidadãos no exercício da vida pública. Ele busca na sociedade grega a origem histórica do pensamento europeu a respeito dos conceitos de ‘público’ e ‘privado’. Conceitua como esfera pública o espaço do convívio comunitário, onde os cidadãos livres se encontravam para compartilhar, transformar e valorizar a cultura, os esportes, a guerra e as opiniões. Nesse ambiente, a liberdade e a igualdade entre os componentes eram os pressupostos básicos, condições para a realização da política em seu sentido mais amplo, de discussão e de disputa. Os que se destacavam no uso do discurso e



na ação política alcançavam a “imortalidade da fama” (HABERMAS, 1962; BARROS, 2008).

Conforme sua análise histórica, o critério grego para a concessão do direito a participar da esfera pública era o grau de autonomia do cidadão diante das necessidades de sobrevivência. Em oposição ao público, existia o privado, ou o espaço da vida doméstica e familiar, local onde se garantia a sobrevivência. O surgimento de cidades e a intensificação do comércio facilitaram o encontro de cidadãos livres e a discussão de assuntos de interesse comum. Habermas descreve e identifica, desde o período feudal, embriões da esfera pública que se desenvolveram na era moderna com a burguesia. Nessa fase, o surgimento de uma sociedade civil está vinculado à reunião de pessoas privadas para formar um público, com o objetivo de debater questões do Estado, dentre outras. O estilo de vida da burguesia favoreceu o debate de ideias, pois valorizava as capacidades intelectuais por oposição às condições de nascimento (BARROS, 2008).

No âmbito deste artigo, as expressões esfera pública e espaço público são consideradas sinônimas, sendo que a sua vitalidade é em qualquer caso sempre conferida pela comunicação. Nas palavras de Habermas:

Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. [...] Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana. (1997, p. 92).

Habermas constata que essa esfera pública argumentativa, racional, constituída de um público pensante, crítico, interessado no bem comum, capaz de questionar e se contrapor ao poder estatal, bem como de se reunir para discutir sobre as normas da sociedade e da condução da administração do Estado, só existiu uma vez na história da humanidade e por um breve período, na Europa do século XVIII, especificamente na Inglaterra, na França e na Alemanha (BARROS, 2008).

De acordo com o autor, o desenvolvimento do capitalismo mercantil, a ascensão econômica da burguesia e o declínio do absolutismo, criaram as condições para o nascimento, na Inglaterra, na virada para o século XVIII, de um novo modelo de esfera pública, crítica do Estado, formada por pessoas privadas reunidas num público para defender sua liberdade econômica e a racionalidade na gestão pública. A burguesia instruída, que possuía hegemonia econômica, mas não detinha poder político, interagiu entre si e com a nobreza, a qual era possuidora de cargos públicos por força da superioridade hereditária, em posição de certa igualdade, em salões,





cafés, casas de chá e associações para debater a regulamentação da sociedade civil e obter a própria emancipação política e humana, inspirada nos ideais iluministas de igualdade, liberdade e universalidade de direitos (BARROS, 2008). Pode-se verificar uma substituição da representatividade pública das cortes por essas instituições de uma esfera pública burguesa, as quais se caracterizam por organizar a discussão permanente entre pessoas privadas (SCHEID, 2018).

Ainda, cabe referir que o público que frequentava os cafés e os salões era restrito, caracterizava-se por uma elite. Nesse sentido, Habermas menciona que

não deve-se crer que a concepção de público que implica a igualdade do simplesmente 'meramente humano' tenha sido efetivada com os salões, cafés e associações, mas com eles foi institucionalizada enquanto ideia e, dessa forma, colocada como reivindicação, no entanto eficaz. (1984, p. 52).

Refere-se que em 1709, os frequentadores dos cafés e salões já eram tão numerosos que para manter sua coesão tornou-se fundamental a utilização de um jornal (SCHEID, 2018). A imprensa, que se desenvolvia a partir da politização de um público que reivindicava possuir direito de acesso aos atos do Estado, fomentava a troca de ideias e informações, possuindo papel preponderante na formação da esfera pública burguesa e, conseqüentemente, na configuração institucional do Estado moderno. O surgimento de jornais e de outras publicações autônomas que comentavam a vida pública e faziam críticas à Coroa e ao Parlamento, alteraram a natureza do poder público, forçando-o a publicar seus atos e a prestar contas sobre eles (BARROS, 2008). “A imprensa se estabelece propriamente como órgão crítico de um público que pensa a política: como quarto Estado” (HABERMAS, 1984, p. 78).

Na interpretação do autor alemão (1984, p. 213), esse espaço de argumentação racional e de formação de uma opinião pública informada termina no século seguinte. Com as revoluções democráticas e a implantação do Estado burguês de Direito, a esfera pública burguesa foi institucionalizada. Foram criadas leis constitucionais com o objetivo de garantir os direitos políticos, enquanto as disputas entre indivíduos, ou entre indivíduos e grupos e o Estado passaram a ser mediadas pelo sistema jurídico. A imprensa crítica passa a ter liberdade de opinião, podendo abandonar posições polêmicas e assumir as chances de lucro de uma empresa comercial (BARROS, 2008).

Destaca-se que na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, a transformação de uma imprensa politizante em uma imprensa comercializada ocorre mais ou menos na mesma época, nos anos 1830. Os jornais tomam forma de um empreendimento que produz espaço para anúncios e se torna vendável como mercadoria por meio da parte destinada às notícias, tornando-se subordinado a pontos de vista da economia de mercado (HABERMAS, 1984, p. 216-217).



A invasão da esfera pública pela publicidade por razões comerciais a partir do século XIX não precisaria, conforme Habermas, provocar a sua modificação. As funções jornalísticas poderiam permanecer separadas das atividades publicitárias, mas isso não ocorreu; “a representação jornalístico-publicitária de privilegiados interesses privados esteve desde o começo plenamente amalgamada com interesses políticos” (1984, p. 225). Além disso, o aparecimento das atividades de relações públicas no início do século XX teve forte impacto sobre o conteúdo midiático. Os profissionais de relações públicas passaram a usar a mídia para trabalhar a opinião pública e produzir consenso e aceitação em torno de uma pessoa, uma organização, um produto ou uma ideia com o intuito da manutenção do controle social (BARROS, 2008).

Esclarece-se que as bases matriciais de enraizamento do conceito de espaço/esfera pública, estão diretamente ligadas à temática da democracia deliberativa e da sociedade civil, assumindo características de um sistema de identificação de problemas sociais, cuja solução dependerá da qualidade na interlocução comunitária acerca do tratamento que será alcançado pelo sistema político a estes problemas (LEAL, 2008).

Observa-se que a fiscalização do exercício do poder depende da criação de espaços públicos de comunicação e deliberação, objetivando que certas condutas sejam consideradas como éticas pela sociedade. Os espaços públicos devem oportunizar debates, discussões abrangendo as opiniões públicas e as deliberações institucionalizadas que emergem em espaços informais da sociedade (HABERMAS, 1997).

De acordo com Habermas, a democracia demanda arenas nas quais se podem promover uma formação racional da opinião sobre assuntos importantes para a sociedade e dependentes de regulamentação. Dessa forma, o fluxo de comunicação que se movimenta entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, assegura a transformação do poder gerado comunicativamente (HABERMAS, 1997).

Ainda, segundo o filósofo, é por meio da comunicação e deliberação sobre a construção da vontade pública que se assegura à sociedade seu poder de decisão, expresso comunicativamente. Refere-se que a formação de processos democráticos de comunicação trabalha como relevante instrumento direcionado à racionalização de um governo e de sua administração (HABERMAS, 1997).

### 3 A visibilidade do espaço público por meio da mídia e da internet

A mídia é o meio de informação mais utilizado nos últimos tempos, bem como o ambiente em que a informação é divulgada, questionada, valorada, além de ser



utilizada como base para definições de opiniões, tendências e convicções políticas.

Já a sociedade da informação trouxe características marcantes como a propagação do ambiente virtual com a internet, no qual tudo ocorre com rapidez ou quase que instantaneamente, ganhando dimensões incalculáveis. O avanço das tecnologias postas à disposição da humanidade juntamente com o fenômeno da globalização provocou profundas mudanças nas relações. A revolução cibernética fez com que os meios de comunicação ficassem mais rápidos, eficazes, possibilitando a transmissão de informações entre os mais distantes lugares do mundo de uma forma muito veloz, em razão de segundos (LIMBERGER, 2007; RUARO, 2007).

Essas novas tecnologias virtuais permitem que uma série de informações sejam divulgadas e acessadas por inúmeros olhares, o que antes ficava restrito ou limitado a um âmbito de pessoas. Além disso, as informações postadas na tela alcançam uma visibilidade nunca antes imaginada, ultrapassando as fronteiras.

A globalização dos processos e dos fluxos de informação caracteriza uma sociedade em que instituições e atores sociais agem por meio de seus discursos, especialmente os difundidos por meio da mídia. A mídia contribui, enquanto instrumento que liga a sociedade e gera a interação (mediada) e o debate público, agindo como formador da esfera pública contemporânea (SCHEID, 2018).

O espaço público contemporâneo equipara-se a um campo de interesses e de disputa, no qual o conflito e a obrigatoriedade da negociação são iminentes. A dicotomia existente entre conflito e negociação está posta em um mundo mediado e impactado pelas tecnologias da comunicação, onde surgem novos espaços participativos, novos mecanismos de controle e novas vozes (GUEDES, 2019).

De acordo com Dominique Wolton, o espaço público contemporâneo pode ser chamado de espaço público mediático, em razão de ser funcionalmente e normativamente indissociável do papel da mídia. O sociólogo francês afirma que “globalização da informação, ao invés de aproximar os pontos de vista, é mais freqüentemente um acelerador das divergências de interpretação, simplesmente porque se havia esquecido a heterogeneidade dos receptores...” (2003, p. 22).

A respeito do papel da mídia, Adriano Duarte Rodrigues (1997) aponta a estreita relação entre os processos comunicacionais e a representação dos diferentes campos sociais, atribuindo ao campo midiático o papel de atuar entre esses campos, por meio de uma autoridade delegada por eles. Essa delegação da representatividade ao campo midiático contribui para a constituição de uma esfera pública, a qual o autor caracteriza como a cena em que as interações sociais e o movimento de atores sociais ganham visibilidade.

Esclarece-se que as novas formas de visibilidade estão vinculadas aos novos meios de comunicação. Thompson (1998) afirma que, com o desenvolvimento da comunicação, a visibilidade dos acontecimentos ou indivíduos nos domínios público



e privado não está mais diretamente ligada com a divisão de um local comum. Nessa visibilidade mediada, conforme o autor, as mensagens não são diretamente controláveis e monitoráveis, por mais que os atores sociais e instituições procurem gerenciar sua visibilidade.

Assim, o desenvolvimento da comunicação modificou a natureza da visibilidade, tendo em vista que ela não depende mais da divisão de um local comum. Com o processo de desterritorialização e a modificação na forma de visibilidade gerada pelo desenvolvimento dos meios de comunicação, a alteração de sentidos passa a ser em espaços virtuais, os quais não dependem que os indivíduos estejam no mesmo lugar para compartilhar as informações. É nesse viés que a mídia transforma-se no espaço público central na contemporaneidade, onde instituições e atores lutam para colocar em debate e discussão suas questões (SCHEID, 2018).

Diante destas características, Thompson qualifica a visibilidade gerada pela mídia como espaço de mediação. O autor identifica a importância desses espaços mediados referindo que “desde o advento da imprensa e especialmente da mídia eletrônica, lutas por reconhecimento se tornaram cada vez mais lutas pela visibilidade dentro de espaços não localizados de publicidade mediada” (1998, p. 215).

Consideram-se os *media* como o novo campo de legitimidade, cada vez mais autônomo dos demais campos sociais como esfera obrigatória de visibilidade e de notoriedade, no qual os restantes campos se refletem, não podendo as dimensões da prática social prescindir do seu contributo (RODRIGUES, 1997). Os diversos campos sociais lutam para tornar públicos os acontecimentos considerados relevantes e buscam, dessa maneira, a aprovação da sociedade e sua legitimidade.

A passagem pela mídia torna-se obrigatória quando há interesse de ampliar-se a discussão ou conseguir adeptos para alguma causa. Nesse sentido, a mídia tem constituído como espaço público central da contemporaneidade, no qual questões e atores de várias esferas do social disputam o apoio da opinião pública (SCHEID, 2018).

Nesse sentido, Fernandes (2000) entende existir entre a mídia e a sociedade uma relação na qual aquilo que é veiculado nos meios de comunicação é produzido, ou seja, acontece na sociedade e volta para ela através da visibilidade na mídia, numa circularidade ininterrupta. Segundo a autora, a mídia confere visibilidade aos acontecimentos e atores sociais e tem um papel ativo de promover movimentos de transformação social por sua característica de espaço público.

Considerando a esfera pública como dimensão do debate ou do conflito argumentativo público, já não mais sendo somente a praça, o lugar físico, mas o próprio debate que nela acontece para Gomes (2006) a internet constitui-se em uma esfera pública. Para Esteves (2007, p. 210) a internet é fantasia e ilusão, tendo em vista que nenhum milagre político aconteceu nem “nada que nos permita acreditar



que estamos na eminência, ou que seja sequer exequível, que todos nós, de um momento para o outro, vamos passar a discutir e decidir sobre tudo”.

No entanto, o autor reconhece que o formato de maior inclusão dos novos moldes de interação poderão vir a complementar ou a corrigir, num certo sentido, as redes de interação mais convencionais. Decorrendo daí maior participação cívica nos processos de decisão e os recursos desse meio poderão permitir “um certo aperfeiçoamento da democracia” (ESTEVES, 2007, p. 221).

Sabe-se que as informações estão disponíveis no ambiente virtual, mas precisam ser acessadas e nem todos possuem tal possibilidade ou interesse. Além disso, a ampliação das relações sociais pode não significar, necessariamente, relevância política. Nesse sentido, verifica-se, nesse ambiente das redes de comunicação, o que Gomes (2006, p. 58) chama de esfera de visibilidade pública:

o repertório de ideias, opiniões, informações e imagens que constitui o conhecimento comum sobre a esfera política e os negócios públicos [...] uma espécie de esfera pública expositiva, que constata com a esfera pública discursiva [...] que nem se orienta pelos valores democráticos, nem pelo serviço ao interesse público [...]. A sua forma predominante é dominada pela indústria da informação [...].

Destaca-se que a migração de áreas diversas para o ciberespaço e o resgate à dialogicidade inegavelmente, ampliam as possibilidades de intercâmbio, compartilhamento e transparência contrariando a política do segredo.

A autora Sandra Jovchelovitch (2000) apresenta a esfera pública como espaço da intersubjetividade, enquanto espaço que existe e é sustentado em função da pluralidade e da diversidade humana. Segundo a autora, a esfera pública introduz a noção de transparência e prestação de contas como um espaço que encontra sua expressão no diálogo e no conceito habermasiano de ação comunicativa.

Nessa perspectiva, a importância da esfera pública enquanto local de interação social, mediada pela comunicação e suas tecnologias, no qual a prestação de contas e a transparência apresentam-se como meios de justificar ações e buscar sua aceitação como legítimas.

## 4 Conclusão

A partir do pressuposto de que a legitimação objetiva explicar e justificar a instituição perante a sociedade e que, na atualidade, a representação e justificação das mesmas ocorre principalmente por meio dos meios de comunicação, ainda, considerando que, na sociedade atual, não basta legitimar os atos das instituições, mas é necessário torná-los legítimos por intermédio desses novos suportes de visibilidade dos quais fazem parte a mídia e a internet.



Com base no entendimento da mídia como centro da visibilidade e local de legitimação, enquanto constituinte do espaço público contemporâneo, é necessário atentar para os novos suportes midiáticos viabilizados pelas tecnologias da informação, os quais introduzem novas e peculiares formas de visibilidade.

A internet proporciona espaços de visibilidade peculiares, que podem abranger tanto os fluxos comunicativos sistêmicos (organizado) e discursivos (espontâneo). Esse último, em especial, entende-se que é beneficiado pela nova tecnologia, a qual facilita a exposição dos discursos particulares e das subjetividades para um grupo maior de possíveis sujeitos comunicantes e o agrupamento de indivíduos que compartilham ideias, objetivos, sentimentos.

Ainda, cabe destacar a importância da esfera pública como local de interação social, mediada pela comunicação e suas tecnologias, onde a prestação de contas e a transparência apresentam-se como meios de justificar ações e buscar sua aceitação como legítimas.

## Referências

- BARROS, A. P. F. L. **A importância do conceito de esfera pública de Habermas para a análise da imprensa** – uma revisão do tema. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/arqcom/article/download/671/706>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- ESTEVES, J. P. Os novos media na perspectiva da democracia deliberativa: sobre redes e tecnologias de informação e comunicação. *In*: PIRES, E. B (org.). **Espaços públicos, poder e comunicação**. Porto: Edições Afrontamento, 2007. p. 209-224.
- FERNANDES, A. B. A mídia e os fluxos comunicativos do espaço público. **Geraes - Revista de Comunicação Social**, n. 51, 2000.
- GUEDES, E. N. **Espaço público contemporâneo: pluralidade de vozes e interesses**. Disponível em: [https://www.academia.edu/771586/Espa%C3%A7o\\_p%C3%ABblico\\_contempor%C3%A2neo\\_pluralidade\\_de\\_vozes\\_e\\_interesses](https://www.academia.edu/771586/Espa%C3%A7o_p%C3%ABblico_contempor%C3%A2neo_pluralidade_de_vozes_e_interesses). Acesso em: 20 jul. 2019.
- GOMES, W. Apontamentos sobre o conceito de esfera pública política. *In*: MAIA, R.; CASTRO, M. C. P. S. **Mídia, esfera pública e identidades coletivas**. Belo Horizonte, MG: UFMG, 2006. p. 49-62.
- HABERMAS, J. **A transformação estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1962.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. 1.
- HABERMAS, J. **Mudança estrutural na esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JOVCHELOVITCH, S. **Representações sociais e esferas públicas**. Petrópolis: Vozes, 2000.





LEAL, R. G. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. *In*: LEAL, R. G. (org.). **A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

LIMBERGER, T. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RODRIGUES, A. D. **Estratégias da comunicação**. Lisboa: Presença, 1997.

RUARO, R. L. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 227-252.

SCHEID, D. **Espaço público e visibilidade institucional na sociedade da informação**. Disponível em: <http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n52/18Scheid.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

THOMPSON, J. B. **A mídia e a modernidade**. Uma teoria social da mídia. Petrópolis: Vozes, 1998.

WOLTON, D. A globalização da informação. **Revista Famecos - mídia, cultura e tecnologia**, Porto Alegre, n. 20, p. 21-25, abr. 2003.



# A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS E SENSÍVEIS NAS RELAÇÕES LABORAIS: DIREITO FUNDAMENTAL DOS TRABALHADORES E ALCANCE DA RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NO TRATAMENTO DE DADOS

*Beatriz de Felipe Reis<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

Tecnologia e trabalho já fazem parte da nova realidade laboral. Em meio às novas tecnologias da informação, temas como a privacidade, a proteção de dados, a segurança da informação, os riscos na *internet*, chamam a atenção na chamada sociedade da informação. Tais questões também desafiam o mundo do trabalho, pois as inúmeras ferramentas eletrônicas também trouxeram consigo o risco maior de lesão aos direitos de personalidade do trabalhador, cada vez mais expostos, dada a maior disponibilidade de informações proporcionada pela rede mundial.

O objetivo central do artigo será demonstrar que a proteção aos dados pessoais e sensíveis deve ser considerado um direito fundamental da pessoa humana, ainda que no exercício de atividade laboral, pois enquanto pessoa trabalhadora, a condição humana não desaparece. Para tanto, no ponto um, será brevemente analisada a repercussão das novas tecnologias nas relações laborais e os riscos envolvendo o tratamento dos dados. No ponto dois, se discorrerá sobre a proteção aos dados pessoais e sensíveis como direito fundamental do trabalhador e, no ponto três, será apurado o alcance da responsabilidade das empresas no tratamento de dados, com foco na instituição de programas de governança em privacidade.

Com a presente pesquisa pretende-se demonstrar que a proteção aos dados deve ser compreendida como um direito fundamental de todo trabalhador. Nesta linha, recentemente o Plenário do Senado Federal aprovou a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 17/2019 para incluir a proteção de dados pessoais disponíveis em meios digitais na lista das garantias individuais da Constituição Federal.

A pesquisa se justifica, primeiro porque, frente ao nível de desenvolvimento tecnológico, necessário se faz implementar medidas que garantam maior segurança ao tratamento dos dados dos trabalhadores e, neste ponto, entra o alcance da

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisadora junto ao Grupo de Pesquisa – DIREITO DO TRABALHO UNESC, coordenado pelo Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Membro integrante do CIELO LABROAL. E-mail: bialippe@hotmail.com.



responsabilidade das empresas. Segundo, por que tais questões já fazem parte do atual contexto laboral e, muito em breve, discussões envolvendo a proteção de dados do trabalhador tendem a surgir em maior número, havendo a necessidade de estarmos preparados para enfrentá-las.

Para a execução do artigo, o método de abordagem será o dedutivo, pautado na análise crítica da doutrina e da legislação existente. O método de procedimento será o monográfico, a técnica de pesquisa, documental e bibliográfica, com coleta de dados e pesquisa a artigos científicos e a obras contemporâneas, incluindo legislação e páginas de *web sites* relacionados ao tema.

Por fim, o presente estudo sinalizará que as tecnologias, apesar dos riscos e desafios que acarretam, podem funcionar positivamente na implementação de padrões de boas práticas e da governança, de forma a proteger a privacidade e garantir o direito fundamental dos trabalhadores quanto à proteção dos seus dados.

## 2 As novas tecnologias e a repercussão nas relações laborais

Com o advento da indústria 4.0<sup>2</sup> ou quarta revolução industrial e a globalização, nunca se falou tanto em inteligência artificial, robótica, *internet* das coisas, veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, dentre outros (SCHWAB, 2016, p. 14). Paralelo a estas novidades tecnológicas advindas na virada do século, a *internet*, sobretudo, impulsionou o desenvolvimento das novas tecnologias da informação, comunicação e armazenamento (NTIC).

Em termos de informática e de telecomunicações, nunca a disponibilização de informações, o tratamento e a combinação de dados foi tão acentuada como agora.<sup>3</sup>

- 2 De forma resumida, a indústria 4.0 engloba as principais inovações tecnológicas atinentes à automação, controle e tecnologia da informação, aplicadas aos meios de produção. Baseia-se em processos industriais descentralizados, controlados, autonomamente, por sistemas “cyber-físicos” e pela “internet das coisas”. É precedida pela 1.<sup>a</sup> Revolução Industrial (1780-1870), iniciada a partir do surgimento da máquina à vapor; pela 2.<sup>a</sup> Revolução Industrial (1870 – 1970), caracterizada pelo uso da energia elétrica, combustíveis derivado do petróleo e o aço; e pela 3.<sup>a</sup> Revolução Industrial (1970 – Dias atuais), ocasionada pelo avanço da eletrônica, sistemas computadorizados e pela robótica). O termo “indústria 4.0” surgiu a partir de um projeto do governo alemão que visava o desenvolvimento das tecnologias voltadas para as indústrias, objetivando, sobretudo, aumentar a competitividade, através de “fábricas inteligentes”. (DE AMORIM, 2017).
- 3 Com relação aos termos “dado” e “informação”, Doneda (2006) menciona que “dado” e “informação” são vocábulos com conteúdo que se sobrepõe em várias circunstâncias, sendo que a doutrina não raro os trata indistintamente. Tanto a “informação” quanto o “dado” servem para representar um fato, um determinado aspecto de uma realidade, contudo cada um carrega um peso particular. O “dado” tem uma conotação mais primitiva e fragmentada, uma espécie de informação em estado potencial, antes de ser transmitida, ao passo que a “informação” refere-se a algo além da representação contida no dado, na qual já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo, daí que a informação carrega em si também um sentido instrumental, no sentido de uma redução de um estado de incerteza (DONEDA, 2006).



Segundo o filósofo francês Gilles Lipovetsky (2007), uma das características da hipermodernidade é justamente a hiperconectividade. “Estamos na era da mídia e na midiaticização da vida. As novas tecnologias invadem tudo e geram uma obsessão de interatividade. É preciso estar sempre conectado. Privado e público se confundem.” (LIPOVETSKY, 2007, p. xviii).

A crescente utilização das redes sociais (*Facebook, Twitter, Orkut, Friendster, LinkedIn, blogs, fóruns*) e dos aplicativos multiplataforma de mensagens instantâneas faz com que mesmo no ambiente de trabalho as pessoas continuem conectadas, especialmente os jovens, que ostentam uma extraordinária familiaridade com os computadores e com o mundo digital, sendo cada vez mais difícil para eles distinguir as atividades ditas de trabalho daquelas consideradas de lazer (DE MASI, 2001).

Contudo, a interatividade proporcionada pela *internet* vem conduzido a uma crescente exposição (in)voluntária de informações pessoais, dados, fotografias, gostos, interesses, necessidades, *hobbies*, opiniões, gerando repercussão sobretudo no ambiente de trabalho. O que antes era uma conversa entre duas a três pessoas, a princípio, permaneceria entre elas; todavia, hoje, com as redes sociais, é possível transmitir tais conversas ou comentários para outros à distância de um simples *click*. É como se vivêssemos uma espécie de nudez total, o que enseja problemas de conciliação entre os direitos à privacidade e à liberdade de expressão dos trabalhadores e os direitos do empregador (MOREIRA, 2016).

Com a incidência das NTIC nas relações de trabalho, novos desafios estão surgindo. Se de um lado as empresas buscam redução de custos, maior produtividade e aprimoramento na gestão dos negócios, de outro, o controle empresarial sobre a vida privada do trabalhador está cada vez mais presente e intrusivo. É como se a barreira entre vida privada e profissional do trabalhador deixasse de existir, tornando-o uma espécie de trabalhador-transparente ou trabalhador de vidro (MOREIRA, 2016).

A obtenção de informações inicia já na fase de admissão, estendendo-se no curso do contrato ou até mesmo após o término, seja em razão do interesse empresarial, seja para atender a alguma determinação legal. Tal prática não é nova: a coleta de informações sobre experiências, conhecimentos do trabalhador, características físicas, psicológicas, habilidades, capacidade de compromisso, senso de responsabilidade, desempenho, comportamento em geral sempre fizeram parte do interesse empresarial.

A grande mudança, todavia, é que as NTIC possibilitam ao empregador o processamento de quantidade virtualmente ilimitada de informações, sendo que tais dados coletados permanecem durante anos presentes e usáveis, passíveis de adição e correção, tornando a informação confiável, constantemente disponível e inteiramente utilizável, podendo ser livremente combinados e usadas para múltiplas finalidades (SANDEN, 2014).



Esta nova realidade, além de permitir que o dado coletado seja explorado em contextos variados e combinado livremente para atender finalidade diversa,<sup>4</sup> pode favorecer a ocorrência de riscos para a saúde do trabalhador, para a sua privacidade e intimidade, pois cada vez mais controlado pelos diversos meios tecnológicos, ensejando a criação de perfis, práticas discriminatórias e, até mesmo, a exclusão de trabalhadores.

Preocupado com o tema, Schreiber (2013) menciona o caso de uma companhia que coleta em redes sociais dados sobre os candidatos selecionados para uma entrevista de emprego. Pode a companhia se valer desses dados para eliminar certo candidato que se declara integrante de um movimento sindical ou membro fanático de uma torcida organizada, ou por publicar uma frase infeliz na *internet* ou postar uma foto mais ousada que possa sugerir “comportamento incompatível com o perfil da empresa”. O destino do candidato acaba decidido não com base na sua real personalidade, mas com base na representação virtual que é construída a partir de dados coletados de modo mais ou menos aleatório.

Portanto, com as NTIC, o empregador obtém uma gama de informações sobre o trabalhador que revelam aspectos muito além daqueles relacionados às aptidões profissionais, mas também questões ligadas à privacidade e à intimidade. No caso das relações de trabalho, em especial, na relação de emprego, em que há maior grau de subordinação e vulnerabilidade do trabalhador, a necessidade de tutelar os dados torna-se ainda mais premente.

Diante disso, partindo do direito à proteção de dados do trabalhador, como um direito fundamental que lhe garante a capacidade de dispor de seus dados e controlar o uso que deles é feito, no tópico seguinte será analisada a Lei nº 13.709/2018, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro, associada à teoria dos direitos fundamentais, aplicada no âmbito das relações de trabalho.

---

4 A economia baseada no processamento de dados tem se revelado extremamente valiosa, pois permite descobrir, a partir das informações disponibilizadas pelos próprios titulares, aspectos relacionados a sua personalidade, preferências, gostos, interesses, amizades, dentre outras. Com base nestas informações é possível definir tendências de consumo, práticas políticas, religiosas, comportamentais e etc. Com isso, as empresas conseguem realizar negócios mais rentáveis, direcionando de forma mais assertiva seus produtos e serviços, conseguem selecionar trabalhadores com perfil mais compatível com a empresa e, os políticos, por sua vez, direcionem suas estratégias de acordo com essas informações. Basta lembrar do caso emblemático envolvendo as eleições nos EUA, em que a *Cambridge Analytica* comprou dados comportamentais de 87 milhões de pessoas a fim de traçar perfis de eleitores mais vulneráveis a mudar de opinião e, portanto, mais suscetíveis a anúncios apelativos ou *fake news* com fins políticos. (TAB UOL, 2018). Frente ao novo panorama, as empresas estão cada vez mais concentradas na coleta e tratamento de dados, os quais se tornaram valorizados a ponto de serem considerados o “novo ouro” ou o “novo petróleo” no mundo da *internet*.



### 3 A proteção aos dados pessoais e sensíveis como direito fundamental do trabalhador

Discussões envolvendo proteção de dados gradativamente ganham espaço tanto no universo acadêmico, quanto nos parlamentos. Tal mudança é atribuída especialmente após a entrada em vigor do Regime Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD ou *General Data Protection Regulation* – GDPR em 25 de maio de 2018 no âmbito da União Europeia (UE). O Congresso Nacional Brasileiro, por sua vez, inspirado no RGPD, aprovou em 14 de agosto de 2018 a Lei nº 13.709/18, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, cuja entrada em vigor será em 2020.

Contudo, muito antes da aprovação do RGPD, na UE, e da LGPD, no Brasil, a proteção de dados, em âmbito internacional, já era objeto de regulamentação, estando inserida na esfera dos direitos humanos. Nesse sentido, menciona-se a Convenção de Strasbourg nº 108/1981,<sup>5</sup> a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da UE<sup>6</sup> e a Carta dos Direitos Fundamentais da UE.<sup>7</sup>

Apesar da existência das normativas expostas, que apresentavam a proteção aos dados pessoais como essenciais para a defesa da pessoa humana e das liberdades fundamentais, no âmbito das relações laborais, em que o grau de subordinação e de vulnerabilidade do trabalhador é maior, havia a necessidade de garantir uma proteção adequada aos dados do trabalhador. Diante disso, em 1996, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores, servindo como uma importante diretriz para os países membros da OIT.<sup>8</sup>

Passados mais de 20 anos da aprovação do Repertório, dado o contexto atual, caracterizado pelo aumento exponencial do fluxo de dados e, frente às inúmeras situações que ocorrem no contexto laboral envolvendo o tratamento de dados do trabalhador, eis que ressurgiu o debate em torno da proteção aos dados como direito

- 5 Trata-se de um importante marco de abordagem da matéria pela ótica dos direitos fundamentais, pois em seu preâmbulo estabelece que a proteção dos dados pessoais está diretamente ligada à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. (CONSELHO DA EUROPA, 1981).
- 6 Regulamenta o tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados no âmbito da comunidade europeia, também com enfoque nos direitos fundamentais. (COMUNIDADE EUROPEIA, 1995).
- 7 Contém disposições sobre os direitos humanos, proclamada em 7 de dezembro de 2000, como outro importante documento que trata, em seu artigo 8º, da proteção dos dados pessoais. (COMUNIDADE EUROPEIA, 2000).
- 8 O prefácio do Repertório de Recomendações Práticas da OIT deixa claro que seu propósito é apontar diretrizes para a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, não tendo caráter obrigatório, limitando-se a fazer recomendações, na medida em que não substitui a legislação nacional, regulamentos, normas trabalhistas internacionais ou outras normas aceitas. Pode ser utilizado para elaborar leis, regulamentos, acordos coletivos, diretivas e políticas laborais, e disposições de ordem prática no âmbito da empresa. (OIT, 1997).





fundamental do trabalhador.<sup>9</sup>

Todavia, antes de avançar no estudo, convém definir dado pessoal e dado sensível. No campo das relações laborais, o Repertório da OIT define dado pessoal como qualquer informação relativa a um trabalhador identificado ou identificável. Para a Recomendação, um trabalhador é identificável se, através da reunião de dados diferentes contidos em um ou vários arquivos ou documentos, for possível determinar a identidade desse trabalhador. Quanto aos dados sensíveis, estes incluem os relacionados à vida sexual da pessoa, sua filiação sindical, origens raciais, opiniões políticas, crenças religiosas e antecedentes criminais. (OIT, 1997).

Para Doneda (2006, p. 161-162), dentro dos dados pessoais, há um grupo que merece proteção especial, são os chamados dados sensíveis, os quais portam informações que, caso sejam conhecidas ou processadas, apresentariam um “elevado potencial lesivo aos seus titulares”, na medida em que “mesmo dados não qualificados como sensíveis, quando submetidos a um determinado tratamento, podem revelar aspectos sobre a personalidade de alguém, podendo levar a práticas discriminatórias.”

Todavia, o Repertório da OIT alerta que apesar da sensibilidade dos dados, nem sempre é possível descartar pura e simplesmente a sua coleta. Nesse sentido, traz, como exemplo, o caso envolvendo a contratação de jornalista para trabalhar em jornal afiliado a um determinado partido político, sendo necessário neste caso levar em consideração as ideias políticas do profissional. O fato de os dados serem sensíveis não é suficiente para excluí-los da tarefa de coleta, porém é preciso respeitar certos princípios, a fim de compensar a posição mais vulnerável dos trabalhadores.<sup>10</sup>

Atenta-se, também, para o fato de que as informações inerentes a cada

9 Adota-se a palavra "trabalhador" com o mesmo sentido apresentado no item 3.4 do Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores: “designa todo o trabalhador ou ex-trabalhador e todo candidato a um emprego”. (OIT, 1997).

10 O Repertório apresenta uma série de casos nos quais a coleta de dados só deve ser autorizada em caráter excepcional e apenas quando tenham relação direta com uma decisão em matéria de emprego. Nesses casos, a coleta deve ser feita em conformidade com a legislação nacional, com as leis contra a discriminação ou com os regulamentos sobre o tratamento de dados sensíveis, compreendidos nas leis nacionais. De forma resumida, no caso de dados referentes à vida sexual dos trabalhadores, estes podem ser coletados quando houver uma acusação de assédio sexual, devendo ser utilizados apenas para este fim. Quanto aos antecedentes criminais, a coleta deve limitar-se a alguns casos, como quando envolve cuidado de filhos, pois o candidato pode ter sido condenado por molestar uma criança, ou no caso de motorista profissional, o qual deve divulgar as penalidades criminais a que submetido por dirigir em estado de embriaguez. Segundo o Repertório, os dados deste tipo devem ser obtidos diretamente do interessado, para ter certeza de que a coleta não vá além do necessário. Por esta razão, os empregadores não devem pedir aos trabalhadores que enviem uma cópia de seus antecedentes. Em relação à filiação sindical, as empresas podem coletar dados apenas para cumprir as disposições relativas à dedução da contribuição sindical ou para facilitar o funcionamento das comissões de empresa, por exemplo. E quanto à coleta de dados médicos, esta se restringe ao necessário para determinar se o trabalhador é apto para um trabalho específico, para cumprir as regras de segurança e saúde no trabalho e para ter direito a benefícios sociais. (OIT, 1997, p. 18).



trabalhador são manipuladas pelo empregador ou por prepostos, havendo a necessidade de cuidados quanto ao tratamento,<sup>11</sup> sob pena de lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, especialmente no que tange à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Importante que se criem mecanismos que permitam ao titular ter conhecimento e controle sobre seus próprios dados, os quais representam expressão direta de sua própria personalidade.

Por esta razão, a “proteção de dados pessoais é considerada em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e como um direito fundamental” (DONEDA, 2011, p. 92). Pode-se dizer que a LGPD brasileira adota esta concepção, ao estabelecer em seu artigo 1º como objetivo da lei a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Partilhando de semelhante visão, Ruaro (2017, p. 400) adverte que tal decorre de “uma interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico a partir de um postulado básico, a dignidade da pessoa humana, posto que os dados pessoais são direitos de personalidade”.<sup>12</sup>

Além disso, vale lembrar que mesmo no âmbito laboral, o trabalhador quando ingressa na relação, traz consigo a condição de pessoa humana portadora de direitos fundamentais, os quais vinculam também os sujeitos privados, sendo passíveis de serem invocados e aplicados mesmo em situações em que o poder estatal não esteja presente (VECCHI, 2011). Trata-se da chamada “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, também conhecida por “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, cuja ideia consiste em “os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos” (SARLET, 2012, p. 148).

Dessa forma, mesmo no âmbito das relações laborais, o trabalhador goza da proteção, a qual não se limita à esfera doméstica, abrangendo todos os ambientes por onde circulam seus dados. Evidentemente, tal proteção não é absoluta, podendo em determinadas situações, haver o tratamento, mas desde que observados o devido

11 De acordo com o art. 5º, X, da Lei nº 13.709/2018, o termo “tratamento” corresponde a toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. (BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).

12 Caminhando neste sentido, recentemente o Plenário do Senado aprovou a PEC nº 17/2019 que inclui a proteção de dados pessoais disponíveis em meios digitais na lista das garantias individuais da Constituição Federal. Para o autor da PEC, Senador Eduardo Gomes (MDB-TO), a proteção de dados pessoais é uma continuação da proteção da intimidade, sendo que a medida busca assegurar a privacidade desses dados em âmbito constitucional, de modo a resguardar a inviolabilidade das informações dos cidadãos que circulam na internet. Para a Relatora da PEC, Senadora Simone Tebet (MDB-MS), “Constitucionalizar a questão significa o Estado dizer que reconhece a importância do tema, classificando esse direito à proteção de dados como fundamental”. (SENADO NOTÍCIAS, 2019).



processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular.<sup>13</sup>

Contudo, na relação laboral, marcada pelo desequilíbrio entre as partes, a necessidade de proteção é maior. Até mesmo em caso de eventual pedido de consentimento para o tratamento de dados, embora o trabalhador possa se opor se consultado, o contexto atual de fragilidade dos contratos de trabalho, os altos índices de desemprego, a precarização, a necessidade de conquistar uma vaga ou uma promoção e etc., faz com que o trabalhador se sinta coagido a consentir, mesmo que isso possa resultar em violação a um direito fundamental.<sup>14</sup>

Portanto, fixada a proteção aos dados pessoais e sensíveis como um direito fundamental do trabalhador, cabe agora analisar a responsabilidade das empresas na implementação de medidas que assegurem o tratamento adequado aos dados dos seus titulares.

#### 4 O alcance da responsabilidade da empresa no tratamento de dados

No âmbito das relações laborais, o tratamento de dados inclui a coleta, a conservação, a combinação, a comunicação ou qualquer outra forma de utilização de dados pessoais do trabalhador. Tomando como fundamentos o respeito à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, a nova LGPD prevê a implementação de medidas de segurança para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

13 Com relação aos direitos do titular, o art. 18 dispõe que: O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei. (BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).

14 Este ponto já foi objeto de discussão pelo Grupo de Trabalho do artigo 29º para a Proteção de Dados – GT29, criado pela Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. Segundo o GT29, em razão da dependência existente entre empregador e trabalhador “é improvável que o titular dos dados possa recusar ao seu empregador o consentimento para o tratamento dos dados sem que haja medo ou risco real de consequências negativas decorrentes da recusa. É improvável que um trabalhador responda livremente ao pedido de consentimento do empregador para, por exemplo, ativar sistemas de controle como a observação do local de trabalho através de câmaras ou preencher formulários de avaliação, sem sentir qualquer tipo de pressão para dar esse consentimento.” Diante disso, como o consentimento nem sempre é verdadeiramente livre, o GT29 considera que o fundamento legal para o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores atuais ou futuros não pode nem deve ser o consentimento, dada a natureza da relação laboral. (COMISSÃO EUROPEIA, 2018).



Assim, amparada em três importantes princípios (segurança<sup>15</sup>, prevenção<sup>16</sup> e responsabilização<sup>17</sup>), a Lei nº 13.709/2018 estabelece que cabe aos agentes de tratamento<sup>18</sup> a adoção de medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

O objetivo principal da LGPD é garantir proteção aos dados pessoais em qualquer fase do tratamento, mesmo após o seu término, razão pela qual os sistemas utilizados para o tratamento de dados devem ser estruturados visando a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança, aos princípios gerais previstos na própria lei e nas demais normas regulamentares.

Ao tratar da questão da responsabilidade no tratamento dos dados, o legislador dispôs que havendo violação, a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessá-la. Para tanto, na parte final do artigo 32 da Lei nº 13.709/2018 encontra-se a possibilidade de a autoridade solicitar ao Poder Público a adoção de padrões de boas práticas<sup>19</sup> para o tratamento de dados pessoais.<sup>20</sup> Embora o dispositivo faça referência ao Poder Público, nada impede que tais medidas sejam estendidas ao setor privado, isso porque, a fim de assegurar a proteção adequada ao tratamento dos dados, as empresas precisarão se reorganizar e garantir a segurança da informação.

Outra criação importante da LGPD foi a figura do controlador, “pessoa natural

- 
- 15 A segurança, de acordo com o art. 6º, VII, refere-se à utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão (BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).
- 16 A prevenção, segundo o art. 6º, VIII, refere-se à adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais (BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).
- 17 Para o art. 6º, X, a responsabilização, somada à prestação de contas, corresponde à demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).
- 18 De acordo com o art. 5º, IX, os agentes de tratamento são o controlador e o operador (BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).
- 19 De acordo com o art. 50, as regras de boas práticas e de governança referem-se àquelas que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. (BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).
- 20 Segundo o art. 32, a autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público. (BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).



ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” (art. 5º, VI), e do operador, “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (art. 5º, VII). Tais definições são bastante úteis para fins de responsabilização dos agentes, pois se uma empresa decidir sobre os dados recebidos, assumirá o papel de controlador e responderá diretamente pelos danos causados ao titular, de forma solidária com outros controladores presentes na mesma relação. Contudo, se tão somente prestar serviços, sem se envolver em processos decisórios quanto ao tratamento, essa empresa se enquadrará na figura do operador, respondendo apenas pelos danos que der causa por descumprimento da lei ou do contrato. Tal regulamentação inibirá o compartilhamento indiscriminado de dados pessoais do titular (OLIVEIRA, 2018).

Ressalta-se que questões envolvendo violação à privacidade e à intimidade do trabalhador não são um assunto que se inicia com as novas tecnologias. Contudo, os avanços tecnológicos no mundo do trabalho permitem que se implementem formas mais sofisticadas de coleta de dados, de vigilância e de controle e, conseqüentemente, maiores são as possibilidades de riscos e de violação aos direitos fundamentais dos trabalhadores. E, nesse aspecto, tem-se que as mesmas tecnologias que representam uma ameaça podem funcionar a favor da implementação de padrões de boas práticas e da governança.

Acerca do tema, a doutrina estrangeira fala no procedimento chamado de *Privacy Impact Assessment* – PIA, algo semelhante a um estudo de impacto ambiental, porém direcionado às atividades tecnológicas, o que também pode ser entendido como um *compliance* digital. Assim, qualquer atividade que envolva a possibilidade de violação à privacidade passaria previamente pelo PIA a fim de apurar os possíveis impactos (GOULART, 2014). Portanto, a criação de um programa de *compliance* no âmbito das empresas pode figurar como uma ferramenta aliada na proteção aos dados dos trabalhadores, na medida em que é muito mais difícil recuperar a privacidade violada do que defendê-la de uma primeira violação, especialmente quando envolve dados pessoais e sensíveis.<sup>21</sup>

21 No Brasil, a utilização do *compliance*, também conhecido como programa de comprometimento ou programa de integridade, se intensificou a partir da promulgação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). A técnica, como explica Henrique Correia (2019), passou a ser usada no âmbito trabalhista com o objetivo de criar códigos de ética e padrões de conduta para que sejam cumpridas as leis e as demais normas do Direito do Trabalho, assim como para mitigar a responsabilização social. Correia esclarece que tal ferramenta pode ser adotada na admissão dos empregados, no curso do contrato de trabalho e ao término da relação empregatícia. A título de ilustração, menciona a adoção do *compliance* na admissão do empregado, isso porque no intuito de melhor conhecer os candidatos, a empresa não pode se valer do processo seletivo como ferramenta para violar a privacidade e a intimidade do trabalhador, o que pode ensejar a responsabilização da empresa por dano moral. Para o autor, a adoção do *compliance* não exime ou diminui a responsabilidade da empresa por eventuais danos causados a seus trabalhadores, todavia pode funcionar como uma importante ferramenta para minimizar a violação a direitos fundamentais do empregado (CORREIA, 2019).





Valendo-se desse entendimento, a LGPD trouxe no art. 50, § 2º, I, a possibilidade de implementação de um programa voltado especificamente para a proteção de dados pessoais, denominado “programa de governança em privacidade”, o qual poderá ser instituído mediante a observância dos requisitos previstos nas alíneas “a” a “h” do mencionado dispositivo.<sup>22</sup>

Percebe-se, por fim, que o objetivo do legislador, ao prever a instituição deste programa, foi justamente facilitar o exercício de controle e proteção dos titulares sobre seus dados pessoais, assim como garantir uma proteção específica quando houver manuseio destes, de modo a salvaguardar a dignidade e proteger a privacidade. Nesse sentido, os princípios da segurança, da prevenção e da responsabilização devem de forma conjunta nortear a atuação da empresa acerca do tratamento de dados dos seus trabalhadores, sendo o *compliance* um meio de efetivação de tal propósito.

## 5 Conclusão

A disseminação das novas tecnologias, da automação e da robótica dentro da chamada indústria 4.0 vem transformando o mundo do trabalho. A fim de obter informações sobre trabalhadores, seja pela participação em processo seletivo, seja para treinamento e promoção, ou para cumprimento da legislação, as NTIC estão proporcionando aos empregadores novas maneiras de coletar e processar dados pessoais, com certos riscos para os trabalhadores.

Com o avanço das novas tecnologias, novos desafios surgem a cada dia, sendo o tratamento de dados dos trabalhadores e o alcance da responsabilidade das empresas um dos destaques no atual contexto laboral. Vale lembrar que, quando se fala em dados pessoais e sensíveis, tem-se que a sua tutela é essencial para a proteção da pessoa humana, ainda que no exercício de atividade laboral, pois enquanto pessoa trabalhadora, a condição humana não desaparece.

<sup>22</sup> A LGPD prevê que o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá: I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo: a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais; b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta; c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados; d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade; e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular; f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos; g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas. (BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).





Por fim, destaca-se que a própria Constituição Federal de 1988, embora reconheça a livre iniciativa, o desenvolvimento de qualquer atividade econômica deve estar associado à promoção da dignidade humana e à busca de justiça social. Daí a importância de se melhorar as disposições de proteção especificamente dirigidas à utilização de dados pessoais e sensíveis dos trabalhadores, de modo a salvaguardar a dignidade, proteger a sua privacidade e garantir seu direito fundamental de determinar dados e usuários, bem como os propósitos e condições de uso.

## Referências

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em 01 maio 2019.

COMUNIDADE EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 18 de dezembro de 2000**. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 22 jun. 2018.

COMUNIDADE EUROPEIA. **Diretiva 95/46/CE**, Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046&from=EN&lang3=PT&lang2=PT&lang1=EN>. Acesso em: 22 jun. 2019.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção nº 108, de 28 de Janeiro de 1981**. Dispõe sobre a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>. Acesso em: 22 jun. 2019.

CORREIA, Henrique. Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho. **Revista LTr**, v. 83, n. 01, p. 51-58, jan. 2019.

DE AMORIM, Jorge Eduardo Braz. “A ‘indústria 4.0’ e a sustentabilidade do modelo de financiamento do Regime Geral da Segurança Social.” **Cadernos de Direito Actual**, Santiago de Compostela, n. 5, p. 243-254, 2017. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/132/93>. Acesso em: 22 jun. 2019.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOULART, Guilherme Damasio. Limites do BYOD: entre o poder do empregador e a proteção dos direitos da personalidade do empregado. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, v. 40, n. 159, p. 71-86, set./out. 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade da decepção**. Barueri: Manole, 2007.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Estudos de direito do trabalho**. 2ª v. Coimbra: Almedina, 2016.



OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei geral de proteção de dados pessoais e seus impactos no ordenamento jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 998, p. 241-261, dez. 2018.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1997. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_112625.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf). Acesso em: 22 jun. 2018.

RUARO, Regina Linden. A tensão entre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e o livre mercado. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 389-423, jan./jun. 2017.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro**: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado. São Paulo: LTr, 2014. 192 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 504 p.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SENADO NOTÍCIAS. Proteção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na Constituição. **Senado Federal**, 02 jul. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/protacao-de-dados-pessoais-devera-entrar-na-constituicao-como-direito-fundamental>. Acesso em: 06 jul. 2019.

TAB UOL. O algoritmo é mais embaixo. **Uol**, 16 abr. 2018. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/crise-facebook#o-facebook-pos-crise>. Acesso em: 17 abr. 2019.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 3, p. 111-135, jul./set. 2011.



# O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS HUMANOS A MINORIAS CONFRONTADO COM A AUSÊNCIA DE EDUCAÇÃO PARA A TOLERÂNCIA E A CONSEQUENTE CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE DISCRIMINATÓRIA

*Maria Victória Pasquoto de Freitas<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

O princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal de 1988 e em diversos diplomas nacionais e internacionais vêm ganhando novas interpretações a partir do reconhecimento de minorias como sujeitos de direitos e deveres. Os direitos conferidos a mulheres, homossexuais, bissexuais, transgêneros, negros, índios, deficientes físicos e mentais, crianças e adolescentes, dentre outros, vêm numa evolução progressista constante, não obstante o preconceito ainda existente na sociedade, cada vez mais esses grupos saem da zona de exclusão social.

O Brasil é um dos países pioneiros no reconhecimento e garantia de direitos humanos com relação a proteção jurídica, porém ainda esbarra no obstáculo da efetividade, tendo em vista os escassos recursos destinados a educação visando levar conceitos de minorias e gênero para o âmbito escolar e universitário e políticas públicas.

O Estado democrático de direito é alicerçado na igualdade perante a lei, tratando a todos de forma igual. Porém, a prática difere do texto constitucional, diferenciando os seres humanos, seja pelo gênero, pela opção sexual ou pela cor; persistindo na discriminação por aqueles considerados “diferentes” da visão conservadora que só considerava cidadão o homem branco e rico.

A relevância da pesquisa da temática, embora a revisitação de questões que estão longe de serem contemporâneas e já com numerosas discussões, ainda conserva-se atual, sendo mister apreender a importância da luta de gêneros e homossexuais na busca da equidade, liberdade e dignidade.

Como objetivo geral da pesquisa, se buscou analisar a legislação constante ao princípio da isonomia e da igualdade e aplicá-los as minorias confrontando com a realidade dessas pessoas, tendo como objetivos específicos: contextualizar o princípio da isonomia e da igualdade na Constituição Federal de 1988; explicitar a importância

---

1 Mestranda em Direito com bolsa Prosuc Capes Modalidade II na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), código de financiamento 001 e bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP), integrante do Grupo de pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas vinculado a Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Endereço eletrônico: victoriapasquoto@hotmail.com. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).



do tratamento igualitário para minorias e qual o impacto no desenvolvimento de pessoas diante da discriminação da sociedade, não obstante a existência de ampla proteção jurídica no Brasil.

O problema de pesquisa compreende-se em: “Qual a influência do princípio da isonomia na construção da educação igualitária e conseqüentemente de uma sociedade livre de preconceitos? O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental, analisando-se artigos, livros e legislação acerca da temática.

Assim, a educação constitui num dos fatores primordiais para modificação da sociedade, daí a importância de levar até a escola e a universidade conceitos de minorias e a importância do tratamento igualitário para construção de uma sociedade mais justa e com mais oportunidades a todos. O princípio da isonomia, apesar de constituir em norma abstrata, materializa-se quando na vida comum uma mulher, um transgênero ou um homossexual é tratado de forma desigual quando concorre a uma vaga de trabalho com um homem ou quando os primeiros não são contratados por sua condição de gênero e opção sexual, respectivamente.

Dessa forma, a educação e as políticas públicas devem atuar de forma a inserir os diferentes grupos sociais em um mesmo ambiente, sem que sejam alvo de discriminação e intolerância, propiciando a formação de uma sociedade livre, igualitária e justa, concretizando os princípios tutelados pelo texto constitucional.

## 2 O princípio da isonomia e seus desdobramentos

No presente contexto social debate-se progressivamente sobre questões de gênero e sexualidade dentro dos contextos de igualdade e seus desdobramentos, incluindo o assunto, inclusive, nas pautas de políticas públicas e estratégias promovidas pelo Estado.

Nessa linha, importante ressaltar que o Estado democrático de direito tem como princípio basilar a igualdade entre gêneros, estendendo a interpretação, através da jurisprudência, a transgêneros, constituindo parte do que se entende também por dignidade humana, que constitui fator fundamental para construção de uma sociedade igualitária, comungando esses dois pilares com a liberdade e a isonomia, formando-se uma rede de proteção e garantismo em favor de todos (BRASIL, 1988).

O texto constitucional que expressa a garantia de igualdade, se comparado a realidade atual de minorias e minorias representativas, como as mulheres, por exemplo, traz uma enorme dissensão, demonstrando que ainda subsiste o ideário conservador e patriarcal e a reprodução de ódio que perpassa gerações e atinge crianças e adolescentes, que por carência de informações ou visões ideológicas de sua família ou no âmbito escolar, fazem com que essa realidade permaneça.



Assim, a República Federativa do Brasil é fundada na dignidade da pessoa humana, assegurando a igualdade, liberdade e segurança de todos e tornando-se valor unificador dos direitos fundamentais, independente de gênero ou opção sexual.

A dignidade da pessoa humana sobrepõe-se a, meramente, o tratamento igualitário, atingindo o “agir de forma respeitosa ao direito do outro de se autodeterminar, de gerir sua vida da forma que melhor lhe aprouver (MATTOS, 2017, p. 2) ou simplesmente de poder realizar seus desejos sem juízo de valores ou julgamentos sociais.

A dignidade da pessoa humana abrange diversas esferas, incluindo a abstenção de atos que podem violar os direitos e a imagem de outrem, a tolerância e o respeito com a sexualidade e o gênero tornou-se parte da construção do tratamento igualitário e da dignidade da pessoa humana.

A isonomia, a dignidade da pessoa humana e a igualdade são complementares à proteção integral de minorias, necessitando a corroboração de políticas públicas de conscientização e educação voltadas à tolerância e ao respeito as diferenças.

Da mesma forma, os direitos humanos não devem ser conferidos a minorias pelo fato de que são “iguais” mas sim, por serem pura e essencialmente humanos, senão de que serviriam direitos “humanos” se não pudessem ser aplicados a “seres humanos”, independentemente da sexualidade e gênero.

Firmando a Constituição Federal a existência de um estado democrático de direito, tendente à realização dos direitos e liberdades fundamentais, vêm cada vez mais os direitos humanos se desdobrando em gerações. Nos chamados direitos de primeira geração, pontifica o direito à liberdade e à igualdade. Ante a ampliada visão dos direitos humanos, chega-se aos direitos de terceira geração, em que se situam os direitos de solidariedade, alcançando os direitos coletivos e difusos. Não se pode deixar de situar as questões suscitadas pela sexualidade nessas categorias, por dizerem precipuamente com o princípio fundamental da isonomia e com a proibição de discriminações injustas. (DIAS, p. 4).

O direito a liberdade também alterou a concepção de que direitos só deveriam ser conferidos para o “homem médio”, reconhecendo como sujeitos de direitos as mulheres, negros, índios, pessoas com deficiência, homossexuais, crianças e adolescentes, dentre outros.

A partir do reconhecimento da igualdade de gênero e ampliação dos direitos com a Constituição Federal de 1988, o direito de família reestruturou seus conceitos, se empoderando de uma ótica mais ampla quanto a entidade familiar e superando discriminações relativas a composição da família.



A igualdade e a isonomia permitem que qualquer pessoa possa relacionar-se com outra, seja de mesmo sexo ou de sexo diferente e o fato do interesse ser dirigido a pessoa de mesmo sexo não pode ser alvo de tratamento desigualitário e discriminatório. O direito a liberdade permite que cada pessoa opte com quem quer se relacionar sem qualquer tipo de repúdio social, a manifestação da igualdade perante a lei constitui na não distinção, seja de raça, cor, gênero ou sexo.

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual evidencia claro desrespeito à dignidade humana, infringindo o princípio maior consagrado na Constituição Federal. Não cabe subdimensionar a eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, servir de fortalecimento a estigmas sociais de forma a causar sofrimento a muitos seres humanos. (DIAS, p. 5).

A discriminação em desfavor da opção sexual, que constitui numa característica inata, representa uma forma de opressão, uma vez que homossexuais e heterossexuais não tem poder de opção, sendo um atributo proveniente da natureza humana, do ser humano.

A educação deve investir-se de conceitos como gênero e sexualidade, levando a seus alunos o conhecimento de que esses fatores não alteram as aptidões físicas e psíquicas de uma pessoa, como também conscientizar sobre os malefícios da discriminação para o desenvolvimento integral.

Dessa forma, a ampliação do princípio da isonomia permite a inclusão de conceitos como igualdade, respeito e tolerância para a criação de políticas públicas e intersetoriais que atuem de modo interdisciplinar e conjunto para construção da educação voltada ao tratamento igualitário e posterior sociedade livre de preconceitos e julgamentos contra minorias.

### 3 Educação para tolerância

A educação, atualmente, vem numa constante modificação, integrando espaços para além da sala de aula e o ensino de matérias específicas. A importância e o poder de transformação de pessoas a partir da educação escolar e a quebra de paradigmas sociais, culturais e econômicos permite um novo olhar sobre a educação e a necessidade de inclusão de assuntos extracurriculares, dentre eles gênero e sexualidade.

O papel da educação e da família na formação de sujeitos tem o poder de transformar a sociedade positiva ou negativamente, por isso da importância da





atenção voltada a esses entes que participam de todas as etapas do crescimento, principalmente de crianças e adolescentes.

A educação livre de ideologias, associada a cultura para diversidade e aceitação das diferenças dentro da família e da sociedade tem o condão de modificar a realidade atual do país, além de alterar também todo o sistema legislativo e de políticas públicas, reinserindo classes que hoje encontram-se marginalizadas.

Nos últimos anos, tornou-se politicamente correto, moderno e lugar-comum, falar-se em educação para a cidadania e para os direitos humanos. Mas, de uma maneira geral, produziu-se pouco em termos de pedagogia e didática para tal finalidade e menos ainda se trabalhou para essa educação. (GORCZEWSKI, 2009, p.15).

A produção relativa a mudança de concepção no âmbito escolar deu-se de forma muito tímida, revestida de ideologias e ausência dos sentimentos de amor e humanidade, sendo que ao falar-se de direitos humanos, inclusive em âmbito escolar, deve ser relacionado ao amor fraterno, participante e libertador, libertando os oprimidos, aproximando e respeitando as diferenças (GORCZEWSKI, 2009, p. 15-17).

As minorias vivem em uma luta constante contra a discriminação, as mulheres, que representam minoria representativa, ainda sofrem as consequências do preconceito machista, seja no âmbito familiar ou laboral, a diferença e submissão subsistem.

[...] constata-se que a mulher, nos mais variados campos do conhecimento – seja do Direito, das Artes, da Literatura, da Política, dentre inúmeros outros – ainda não alcançou um status que realmente possa significar respeito e aceitabilidade. Decorrência, em muitos casos, de a figura feminina ainda ser considerada um ser dotado de muitas habilidades, como a maternidade, mas desprovida das mesmas capacidades intelectuais do homem. (COSTA; D’OLIVEIRA, 2012, p. 8).

Atualmente, há o discurso que afirma não haver mais machismo ou diferenciação de sexos e gêneros, mas a cultura de submissão e inferioridade da mulher está tão enegdrada na sociedade, que torna-se difícil quebrar o ciclo de discriminação e concorrer igualmente no mercado de trabalho com homens, por exemplo.

O mesmo ocorre com homossexuais, bissexuais e transgêneros que em sua maioria sobrevivem trabalhando informalmente, pois não são contratados para empregos fixos por sua condição dissociada da heteronormatividade presente na sociedade.

Importante mencionar que “não é a cultura discriminada a que gera a ideologia



discriminatória, mas a cultura hegemônica a que o faz” (FREIRE, 2001, p. 18). A discriminação gera a resistência e luta desses grupos minoritários contra o sistema opressor que por meio de condutas sociais, exprimem a intolerância aos diferentes tipos de pessoas e grupos.

O processo que envolve o crescimento democrático não ocorre fora da tolerância, na visão de Freire (2001, p. 11) “[...] a convivência entre dessemelhantes, não lhes nega contudo o direito de brigar por seus sonhos”, por isso as diferenças não podem ser o óbice do diálogo, dos pensamentos diversos e dos sonhos opostos (FREIRE, 2001, p. 11).

Nessa linha, a tolerância envolve mais do que o respeito para com o outro, mas sentimentos de empatia, amor e solidariedade pelo que o outro viveu e sua presente condição social. Da mesma forma, a educação perpassa o domínio das matérias, atingindo a construção do ser e suas relações sociais.

A educação é permanente não porque certa linha ideológica ou certa posição política ou certo interesse econômico o exijam. A educação é permanente na razão, de um lado, da finitude do ser humano, de outro, da consciência que ele tem de sua finitude. Mais ainda, pelo fato de, ao longo da história, ter incorporado à sua natureza “não apenas saber que vivia mas saber que sabia e, assim, saber que podia saber mais. A educação e a formação permanente se fundam aí. (FREIRE, 2001, p. 12).

A educação constitui em fator fundamental para modificação do presente contexto social, político e econômico do Brasil e deve ser corroborada com iniciativas externas, por parte da família e da comunidade, entes extremamente incisivos no crescimento e desenvolvimento de uma sociedade mais igualitária.

A dimensão educacional, além da escolarização, permite a compreensão do ser humano em si e como ser social, ampliando a visão e tornando-a pluralista, mais aberta a discussões democráticas acerca de inúmeros assuntos e, inclusive, pressuposições básicas da existência, constituindo-se numa ferramenta global de integração entre as pessoas (FREIRE, 2001, p. 17).

A educação deve ser aliada a interação e diálogo humano e não um reprodutor de pensamentos e ideologias retrógradas. Quando se consegue ver o outro como igual, seja ele diferente em questões de raça, gênero, cor, sexualidade, etc., a educação atinge seu principal objetivo: formar seres humanos.

Ainda, Freire afirma sobre a educação “esta vem sendo uma preocupação que me tem tomado todo, sempre – a de me entregar a uma prática educativa e a uma reflexão pedagógica fundadas ambas no sonho por um mundo menos malvado, menos feio, menos autoritário, mais democrático, mais humano” (2001, p. 17).



A educação tem papel primordial na modificação do pensamento patriarcal e machista, permitindo a evolução da sociedade e conseqüentemente melhores oportunidades para mulheres, transgêneros e homossexuais, sendo que esses últimos sofrem ainda mais preconceito quando comparados as mulheres que desde a Revolução Francesa abdicam seu espaço social.

Dessa forma, a educação unida as políticas públicas visando explicitar sobre conceitos de igualdade, isonomia, liberdade e direitos humanos no âmbito escolar e universitário tem o poder de transformar indivíduos em pessoas tolerantes e dispostas a lutar pela igualdade de gêneros e sexualidade, inserindo esses grupos naturalmente na sociedade, dispensando o debate que ora se expõe.

#### 4 Políticas públicas para promoção da igualdade

As políticas públicas, termo criado em meados de 1950, e abordadas na presente pesquisa com referência ao atendimento das demandas sociais, é uma forma tardia de intervenção estatal e de atender as demandas sociais. O estudo das políticas públicas envolvem a compreensão de diversos aspectos, principalmente no que se refere a efetiva participação cidadã e a gestão pública (SCHMIDT, 2019, p. 121-122).

Na mesma linha, as políticas públicas e ações externas ocupam papel primordial na modificação social, é através delas que se obtém a real efetividade de princípios, leis, projetos, movimentos e manifestações voltados ao reconhecimento, defesa e garantia de direitos a pessoas que encontram-se desamparadas.

Assim, as políticas públicas constituem “uma resposta a um problema político” (SCHMIDT, 2019, p. 122), ou seja, representam iniciativas estatais visando atender “demandas sociais referentes a problemas políticos de ordem pública ou coletiva” (SCHMIDT, 2019, p. 122).

As demandas sociais sempre estão além da capacidade de atendimento por parte dos órgãos públicos. Face à escassez de recursos as autoridades são forçadas a priorizar algumas demandas e relegar ou secundarizar outras. As prioridades adotadas pelos governos constituem o cerne das políticas. Elas estão vinculadas à visão ideológica predominante, aos compromissos assumidos pelos governantes no processo eleitoral, às pressões dos grupos sociais e corporações econômicas, à cultura política vigente, entre outros fatores. (SCHMIDT, 2019, p. 122).

Na maioria das vezes, as políticas públicas representam decisões planejadas dos governantes, e o reconhecimento “não está no interior do Estado e nos meandros burocráticos, e que as respostas estão intimamente associadas ao contexto sócio-



histórico ao qual pertence o Estado” (SCMIDT, 2019, p. 123), como uma forma de prioridade a certo grupo.

A OXFAM Brasil, organização que planeja ações em forma de política pública contra os diversos tipos de desigualdades, apontou elementos que conjuntamente podem auxiliar em sua redução da discriminação, dentre eles está uma tributação mais justa, com a redistribuição da carga tributária brasileira e consequente diminuição de impostos indiretos e aumento de impostos diretos as pessoas com condições econômicas elevadas; mais investimentos sociais em medidas que assegurem a transparência, a participação social e uma maior eficiência e qualidade através de garantia de recursos adequados e necessários para atender as demandas sociais (2018).

A educação também é considerada um dos “pilares da mobilidade social e do desenvolvimento de um país”, sendo necessária uma maior abrangência da educação escolar, como também maior qualidade a fim de diminuir a evasão escolar e aumentar o alcance do ensino superior a minorias (OXFAM, 2018).

Outro fator é a oferta de emprego decente e aumento do salário mínimo, retirando a informalidade no mercado de trabalho. Além disso, são necessárias políticas afirmativas a fim de reduzir as discriminações sociais e em âmbito laboral, como também a violência e o racismo institucional (OXFAM, 2018).

Por último, porém essencialmente importante, a “desprivatização da democracia”, criando e aperfeiçoando mecanismos de prestação de contas e destinação dos recursos públicos, incluindo efetivamente a “regulação do lobby e o fortalecimento da participação da sociedade civil, combater a corrupção em todos os níveis e promover mudanças no sistema político atual” (OXFAM, 2018).

As ações conjuntas e intersetoriais dos diversos órgãos governamentais e não governamentais permitem a redução significativa da discriminação contra minorias e melhores oportunidades a elas. A informação e conscientização social propiciam a mudança de pensamento e o reconhecimento da igualdade entre todos.

Dessa forma, a educação e as políticas públicas constituem num dos principais pilares para a transformação social, a primeira atuando não apenas como escolarização, mas como formadora de seres humanos mais receptivos e tolerantes as diferenças sociais, econômicas, de gênero, cor, raça, etc.; e a segunda em forma de ações informativas e conscientizadoras dos malefícios da discriminação e reprodução do ódio.

## 5 Conclusão

Os paradigmas sociais contemporâneos envolvendo diferenciação de gênero, cor, raça, sexualidade, dentre outros, trazem ao estudo do direito um novo objeto de



estudo e normatização. A conferência de direitos a minorias e a minorias representativas faz parte da solidificação do princípio da isonomia e seus desdobramentos dentro do ordenamento jurídico, fazendo com que pessoas diferentes tenham um aspecto de igualdade de direitos.

Com isso, o princípio da isonomia representa apenas um dos elementos para construção da igualdade, devendo ser corroborado com outras medidas para a real efetividade, a educação e as políticas públicas apresentam-se, combinadas com outras medidas, como possíveis soluções aos atos discriminatórios e a reprodução do pensamento de segregação social.

Importante mencionar que a educação além de transmitir conhecimento, também é uma referência na formação do pensamento. A educação revestida de ideologias conservadoras, faz com que a futura sociedade também seja como ela, resultando em discriminação, carência de leis e políticas públicas visando a equiparação de minorias e dificultando seu acesso ao âmbito educacional e laboral.

O Brasil vem numa constante evolução, adotando medidas em âmbito constitucional, infraconstitucional e de políticas públicas a fim de reduzir as desigualdades. A barreira principal, além dos avanços e retrocessos nos últimos anos, é a defasagem de investimentos na efetividade dos direitos conferidos a minorias, dificultando a quebra da cultura da discriminação.

Dessa forma, a pesquisa visou demonstrar a importância da educação e das políticas públicas na modificação da sociedade, como também que a tolerância envolve mais do que o tratamento igualitário, senão a empatia, o sentimento fraterno, a paz, o amor e a solidariedade. Assim, o presente debate visou apontar os reflexos da educação no contexto social atual e quais as medidas para modificar a sociedade.

Por fim, vale ressaltar que os direitos humanos e os princípios constitucionais vão muito além do texto, possibilitando a criação de medidas e ações com a finalidade de diminuir as disparidades entre pessoas que integram grupos de vulnerabilidade e que repetidamente são alvos de intolerância e discriminação.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 23 fev. 2019.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; D'OLIVEIRA, Mariane Camargo. **O processo emancipatório das mulheres na perspectiva do feminismo: a conquista de um espaço**. Disponível em: <http://www.revistaeletronica.unicruz.edu.br/index.php/Revista/article/view/153>. Acesso em: 3 mar. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_653\)5\\_\\_uniao\\_homossexual\\_\\_](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_653)5__uniao_homossexual__)



aspectos\_sociais\_e\_juridicos.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

FREIRE, Paulo. **Política e educação**: ensaios. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

GORCZEVSKI, Clóvis. **Direitos humanos, educação e cidadania**: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

OXFAM BRASIL. **Ações contra as desigualdades**. 2018. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/acoes-contras-desigualdades>. Acesso em: 22 jul. 2019.

MATTOS, Fernando da Silva. **Direito à igualdade e à dignidade dos homossexuais no Brasil**: uma análise panorâmica da jurisprudência. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/artigoMattos.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. p. 119-149. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, UNISC, v. 3, 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688/7826>. Acesso em: 24 jul. 2019.





# ALTERNATIVAS TEÓRIAS PARA A (RE)QUALIFICAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO ORÇAMENTÁRIO NO ÂMBITO MUNICIPAL

*Jonas Caron<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

O Estado Democrático de Direito, cuja sustentação está fundamentada na democracia representativa e participativa, está em crise. O povo brasileiro, especialmente em âmbito municipal, depara-se diante da árdua missão de maximizar seu poder de participação política, em termos quantitativos e qualitativos, de modo a possibilitar que as mais relevantes decisões legislativas e administrativas sejam tomadas através de um processo dialético entre governo local e sociedade civil. No mesmo sentido, denota-se uma clara esgotabilidade do modelo jurídico monista, em favor de um pluralismo jurídico, que rejeita a exclusividade do Estado na produção e interpretação das normas jurídicas.

Evidencia-se que a crise do paradigma do monismo jurídico é fruto do sistema econômico capitalista, que reflete a hegemonia da sociedade burguesa e seu anseio por uma estrutura jurídico-institucional segura, estável e fértil ao progresso de seus negócios. No entanto, em razão da complexidade emergida com o pluralismo social do Estado contemporâneo, aumenta-se expressivamente o número de demandas sociais, inviabilizando seu eficaz atendimento dentro desse mesmo modelo. À essa crise do paradigma do monismo jurídico, soma-se uma descrença no modelo de democracia representativa, devido a um distanciamento entre a sociedade e os representantes políticos.

Percebe-se que o sistema jurídico burocratizado e tecnicista, baseado na premissa de que o poder estatal é a única fonte da lei, não consegue atender às mais básicas necessidades e sonhos da população de uma sociedade plural e complexa. Assim, o poder local assume relevância como um espaço privilegiado à ativa participação dos diversos atores sociais, pois o município é a esfera mais próxima do cidadão.

Os desafios a serem enfrentados pelos municípios não são poucos. O envolvimento dos cidadãos na idealização e implementação de políticas públicas depende, fundamentalmente, de uma (re)qualificação do processo legislativo orçamentário local, com alterações estruturais na forma como são pensadas, criadas,

---

<sup>1</sup> Advogado, especialista em Direito Público e Mestre em Direito pela UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa Gestão Local e Políticas Públicas da mesma Universidade. Endereço eletrônico: jcaron@universo.univates.br



debatidas e votadas as peças orçamentárias, quais sejam: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

## 2 Pluralismo jurídico, direito social condensado e legitimação das decisões públicas

O paradigma do pluralismo jurídico perpassa por inúmeras fases da história ocidental, marcando os mundos medieval, moderno e contemporâneo. O assunto insere-se num denso e complexo campo de interpretações, viabilizando enfoques caracterizados pela existência de mais de uma realidade, com amplos modos de ação e campos sociais com particularidade própria (WOLKMER, 2001).

Como uma resposta ao monismo positivista, as teses pluralistas escancaram o perfil classista e a perda de funcionalidade das instituições estatais, que não conseguem responder às novas demandas sociais e são ineficazes na resolução de conflitos coletivos de massa. Apontam, também, o caráter conservador da dogmática jurídica, cativa em modelos epistemológicos ultrapassados, que constituem verdadeiros obstáculos para uma análise crítica do direito e comprometida com a transformação social (CARVALHO, 2013).

Cristaliza-se a fragilidade da doutrina do monismo estatal para dar conta das atuais demandas sociais, pois o Estado é incapaz de assumir o monopólio exclusivo das normas jurídicas. Wolkmer (2001) afirma que essa perspectiva foi criada pela burguesia mercantil, que, ao superar a nobreza e o clero como nova classe social detentora dos meios de produção, conforma os seus interesses a uma ordem estatal fortalecida e apta a legitimar um sistema de normatividade.

É comum problematizar-se o questionamento sobre a existência ou inexistência de Direito sem positividade ou, ainda, se a positividade só decorre do Estado. Para responder essa questão surgem o monismo e o pluralismo jurídico, como duas explicações ou tendências antagônicas. A primeira consagra que todo Direito é a criação do Estado e todo Direito Estatal é Direito Positivo. A segunda não apenas desvincula o Direito do Direito Positivo, como também reconhece a existência do Direito sem o Estado e, além disso, admite a possibilidade de existir Direito Positivo sem Estado e equivalente ao do Estado.

Nesse aspecto, ao tratar do positivismo jurídico, Wolkmer (2001) afirma que a representação dogmática do positivismo jurídico se apresenta por meio de um rigoroso formalismo normativista pretensamente intitulado de 'ciência'. Essa dogmática é produto fiel de uma sociedade burguesa robustamente construída no progresso industrial, técnico e científico. Trata-se de um formalismo que oculta as origens sociais e econômicas da estrutura de poder, harmonizando as relações entre capital e trabalho, e eternizando a cultura liberal-individualista dominante através das regras de controle.



A burguesia moderna é fruto de um intenso e extenso processo, desencadeado por inúmeras transformações nas maneiras de produzir e circular as mercadorias. O poder do Estado moderno revela-se como uma espécie de comitê que administra os negócios comuns a toda a classe burguesa. E essa civilização burguesa emergente começa a absorver tudo e todos, em ritmo acelerado, desde os instrumentos de produção, os produtos intelectuais, as comunicações, o camponês, as literaturas, a maquinaria, as estradas de ferro, a agricultura etc. (MARX; ENGELS, 1998).

Essa lógica conduz à aglomeração das populações, à centralização dos meios de produção, à centralização do poder político e à concentração da riqueza. Tais elementos formam uma só nação e um só governo, uma legislação, um interesse de classe a ser alimentado, uma fronteira a ser defendida etc. Emerge-se a livre concorrências, com o declínio da sociedade feudal, mediante a dominação política e econômica da classe burguesa, que revela uma exploração transparente, direta e, muitas vezes, cínica, impulsionando a sociedade para uma estratificação cada vez mais notável em dois campos antagônicos e opostos, quais sejam: burguesia e proletariado (MARX; ENGELS, 1998).

É possível perceber que o liberalismo é um reflexo da ética calcada na liberdade total, que possuía um caráter revolucionário enquanto lutava contra o absolutismo feudal, passando, posteriormente, a dominar o poder político e econômico na fase industrial do capitalismo, impondo os dogmas liberais que favoreciam a prosperidade dos seus negócios, esquecendo-se de promover a distribuição de riqueza e inserindo o povo em uma condição de exclusão. É nessa quadra histórica que o liberalismo abandona seu caráter revolucionário, movimentando-se para abafar a democracia e a autoridade popular.

Wolkmer (2001) delineaia alguns traços essenciais do liberalismo, indicando as seguintes características: o núcleo econômico é marcado pela livre iniciativa empresarial, propriedade privada, economia de mercado; o núcleo político-jurídico caracteriza-se pelo Estado de Direito, soberania popular, supremacia constitucional, separação dos poderes, representação política, direitos civis e políticos; e, finalmente, o núcleo ético-filosófico sustenta a liberdade pessoal, a tolerância, a crença e otimismo na vida, além do individualismo.

Em virtude da emergência da sociedade moderna, os sistemas jurídicos *Civil Law* e *Common Law*, caracterizados pela tradição jurídica e formalista que se estabelece contemporaneamente, solidificam-se como os dois grandes sistemas jurídicos. O primeiro deles representa o direito formulado pelos órgãos oficiais do próprio Estado, enquanto o segundo intitula o sistema organizado pela expressão indireta do Estado, como produto dos denominados precedentes e das práticas consuetudinárias institucionalizadas. Em síntese, o direito estatal é utilizado como instrumento para a organização e perpetuação da sociedade moderna liberal (WOLKMER, 2001).



O Estado moderno se construiu através de órgãos como o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Poder Executivo, legitimados, respectivamente, para legislar, julgar e executar, fundamentados no princípio da separação dos poderes, conduzidos pela legislação geral e abstrata, sistematizada pelo Direito Positivo. Entretanto, essas normas não precisam ser validadas pela análise de sua eficácia e, muito menos, legitimados pela análise e reflexão da sociedade, mas, simplesmente, por terem sido editadas à luz dos meios oficiais de produção legislativa.

Wolkmer (2001) assevera que é devido a essa legitimação exclusivamente formal que o Estado Moderno sustenta a retórica do chamado Estado de Direito, que respeita alguns direitos individuais sob a neutralidade que supostamente carrega a legalidade. Obviamente, esse aspecto aparentemente neutro da produção normativa acoberta os anseios econômicos da classe burguesa, por meio da generalização, abstração e impessoalidade. O mencionado autor também destaca que, na medida em que diferentes indivíduos têm suas vidas regulamentadas por leis gerais e abstratas, que tratam de modo formalmente igual a todos, está-se diante de um Direito Positivo idealizado pelo capitalismo, que favorece a perpetuação das desigualdades.

Dentro dessa perspectiva, inicia-se a discussão sobre a necessidade do estabelecimento de um novo paradigma para o processo de formação das decisões públicas, com fundamento na ideia de direito social de Gurvitch. Busca-se nessa teoria uma proposta que viabilize a expansão do papel desempenhado pela sociedade na edificação e controle das decisões públicas, sempre vinculada aos princípios constitucionais (HERMANY, 2007).

Hermany (2007) adverte que posicionar a cidadania na qualidade de cliente das políticas públicas, sem o enraizamento de um sentimento de corresponsabilidade na obtenção de consenso, obriga o Estado a direcionar uma quantia de recursos públicos cada dia maior para manter a estabilidade. E essa condição agrava as proporções da crise estrutural do Estado, que é a crise de financiamento, refletida pelo déficit público elevado.

Deve-se afastar o processo de construção das decisões públicas baseado na lógica da dominação, favorecendo a ideia de integração entre Estado e sociedade. Trata-se, nos termos da lição de Hermany (2007, p. 18), de uma “qualificação da relação entre Estado e sociedade, e não da superação das instituições estatais”.

Por isso diz-se que a ideia de direito social vincula-se a um nova estratégia de formação e legitimação das decisões públicas, abrangendo o processo legislativo e as decisões administrativas. Gurvitch, quanto trata dos tipos de direito social, divide-os em quatro tipos estruturais distintos:

I – ESTRUCTURAS DE DERECHO SOCIAL PURO E INDEPENDIENTE, que, em caso de conflito, son superiores o equivalentes al orden jurídico del Estado, [...].



II – ESTRUCTURAS DE DERECHO SOCIAL PURO SUJETAS A LA TUTELA DEL ESTADO, es decir, que no gozan de coacción incondicional y son autónomas, pero, em casos de conflicto, se inclinam y dan preferencia al orden jurídico del Estado. [...]

III – ESTRUCTURAS DE DERECHO SOCIAL AUTÓNOMO ANEXIONADAS POR EL ESTADO, es decir, puestas a su servicio o por incorporación dentro de él como *un servicio público descentralizado* o por la simples elevación a dominio privilegiado de derecho público. [...].

IV – ESTRUCTURAS DE DERECHO SOCIAL CONDENSADO EN EL DERECHO ESTATAL DEMOCRÁTICO [...] (GURVITCH, 1945, p. 277/278).

Dentre as estruturas acima referenciadas, é, precisamente, o direito social condensado que responde às críticas promovidas neste trabalho, pois compatibiliza o sistema jurídico consagrado na Constituição Federal com a regulação produzida pela articulação social. Desse modo, a ideia da existência um controle social das decisões públicas harmoniza-se com a manutenção da estrutura político-administrativa já assentada. O exercício do poder estatal passa a integrar uma pluralidade jurídica antes desconsiderada, deixando de vincular-se, unicamente, com a produção legislativa oficial.

Por isso, Gurvitch leciona:

En síntesis, cuando el Estado es una asociación igualitaria de colaboración, el monopolio de coacción incondicionada, que le pertenece, no impide a su orden jurídico afirmarse como una especie particular del derecho social. Al contrario, cuando el Estado es una asociación jerárquica de dominación, su relación con la coacción incondicionada subraya de forma especial el carácter subordinador de su orden jurídico. (GURVITCH, 2005, p. 94).

O direito social de caráter condensado relaciona-se à articulação da sociedade em um contexto democrático, com o potencial de viabilizar a manifestação dos diferentes atores enquanto agentes de concretização dos princípios constitucionais. Esses princípios revelam-se como o mínimo referencial que agregam sentido no decorrer da ação comunicativa autônoma da sociedade, como intérprete da Constituição (HERMANY, 2007).

### 3 O processo legislativo a partir da esfera local

Inicialmente, cabe abordar a importância do poder local para o estímulo à participação política e construção de políticas públicas. Para Dowbor (2016), a questão essencial é gerar as condições para que os cidadãos (re)conquistem o protagonismo



no espaço local, de modo que assumam domínio maneiras de promoverem o seu desenvolvimento. No Brasil, o município é esse espaço local, vislumbrado como unidade básica de organização social, como também o é a rua, o quarteirão, o bairro em que se vive. O mesmo autor destaca que o poder local se posiciona no núcleo do conjunto de transformações que abrangem a descentralização, a desburocratização e a participação, além das denominadas novas tecnologias urbanas.

Na mesma proporção em que as decisões são tomadas distantemente dos cidadãos, naturalmente, estas não corresponderão às suas reais necessidades e expectativas, realidade que revela a problemática da centralização do poder político e econômico, característica do nosso modo de organização enquanto sociedade. Tal modelo ilustra o catastrófico divórcio entre as necessidades do povo e o conteúdo das decisões acerca do desenvolvimento econômico e social (DOWBOR, 2016).

Para solucionar os problemas apresentados, geralmente adotam-se ideias canalizadas ao liberalismo, através de privatizações e enxugamento do Estado, ou, de outro lado, voltadas ao socialismo. No entanto, essas soluções tem a pretensão de simplificar a realidade, não dando conta da complexa dinâmica da vida na sociedade contemporânea. Diante dessa consciência e como alternativa ao discurso maniqueísta e polarizador entre o liberalismo e o socialismo, apresenta-se o princípio da subsidiariedade.

Baracho (1996) elucida que a auto-organização da sociedade não anula o princípio da unidade política, desde que a unidade que se visa, através do consenso, seja efetivada na pluralidade. Em outras palavras, a unidade na diversidade não abole a estrutura social frequentemente antagônica.

O estudo do Poder Legislativo (ou órgão legislativo, por rigorismo técnico) deve ser analisado levando-se em conta a forma de Estado introduzida no Brasil, verificando-se de que modo ocorre sua manifestação em âmbito federal, estadual, distrital e municipal. Ao contrário da estrutura do legislativo federal, em âmbito estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais, o Poder Legislativo é do tipo unicameral, considerando ser composto por uma única Casa, consoante se denota da redação dos artigos 27, 29, 32 e 33, § 3.º, última parte, todos da Carta Magna.

As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, possuindo ambas o mesmo grau de importância, pois se caracterizam como funções típicas do parlamento. Desse modo, a CF/88, em seu art. 70, estipula regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore normas jurídicas, bem como determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (MORAES, 2015).

Uma das mais relevantes atuações do Poder Legislativo no poder local é a aprovação do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, que são instrumentos do modelo orçamentário brasileiro,





definido na Constituição Federal de 1988. O Plano Plurianual (PPA), consagrado no artigo 165, I, da CF, constitui as bases que norteiam todo o sistema e processo orçamentário, conduz à elaboração dos demais planos e programas de governo, fixa as diretrizes, objetivos e metas da administração, além de estipular as despesas de capital, programas de duração continuada, entre outros aspectos.

De acordo com o artigo 165, § 2º, da Carta Magna, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) abrange as metas e prioridades da Administração, inclui despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orienta a elaboração do orçamento anual, consigna as alterações na legislação tributária etc. E, por fim, a Lei Orçamentária Anual (LOA), estima receitas e fixa despesas, sempre em necessária consonância com o PPA e LDO. Em tal instrumento, é vedado, por exemplo, constar crédito com finalidade incerta ou dotação ilimitada, em razão da imprescindível observância aos princípios de gestão fiscal responsável. A LOA não pode conter, também, dotação para investimento com duração superior a um exercício (um ano), caso não haja previsão explícita no PPA ou lei que autorize sua inclusão, nos termos do disposto no artigo 167, § 1º, da Constituição Federal.

Denota-se, no entanto, que o processo de idealização e votação desses instrumentos de organização do orçamento público, fundamentais para a condução dos destinos de um país, estado ou município, se dá em uma relação distante entre sociedade e Governo, circunstância que acarreta a perda de legitimidade da democracia representativa.

Assim, nos termos do que ensina Hermany (2007, p. 42), revela-se fundamental a “construção de uma proposta que permita uma nova e qualificada relação entre a sociedade e o Estado, a partir de uma (re)definição dos processos de legitimação do espaço público estatal”. Para Krell (2003), é necessário empreender esforços para substituir a administração estatal burocrática por uma administração denominada de “gerencial”, que valha-se da capacidade da sociedade civil de identificar e solucionar os seus próprios problemas com agilidade.

Consoante adverte dos Santos Júnior (2001), impende conscientizar que as possibilidades de participação oportunizadas pelo regime democrático brasileiro não são efetivamente utilizadas por grande parcela da população, letárgica em termos de participação política e social, além de refratária aos partidos e aos governantes.

O envolvimento dos cidadãos no processo de elaboração das normas indica que o Direito não se legitima na produção legislativa resultante dos atos previamente concatenados e obrigatórios do processo legislativo oficial, mas, sim, de uma efetiva articulação reflexiva com os participantes sociais. A constituição de um espaço público democrático qualifica o processo legislativo e, conseqüentemente, a regulação social, conferindo mais legitimidade às decisões públicas em geral. E é válido esclarecer que essa mudança paradigmática não rompe com os espaços institucionais, mas,



apenas, viabiliza à sociedade a maximização dos instrumentos de participação e controle. Em suma, propõe-se a passagem da administração tradicional, de cunho autoritário e burocrático, para uma gestão aberta e descentralizada.

No tocante ao processo legislativo orçamentário local, inúmeros mecanismos podem auxiliar para a aproximação da sociedade e do Poder Estatal. As audiências públicas que, por estarem previstas no Estatuto da Cidade, já se encontravam em outros diplomas legais, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal. Os conselhos setoriais, que têm contribuído para o processo de democratização da gestão dos recursos públicos e para a escolha de políticas públicas em diferentes áreas relativas aos direitos sociais. Referidos conselhos, além da previsão no Estatuto da Cidade, são evidenciados, especialmente, nas áreas da saúde, da assistência social, do meio ambiente e da defesa da criança e do adolescente (HERMANY, 2007).

Entretanto, para a construção de um direito social, exige-se uma nova relação entre a sociedade e os agentes políticos representativos, não sendo suficiente a mera implantação formal de canais institucionais de participação, vinculados à lógica de legitimação aclamatória de um falso interesse público. Este é um aspecto crucial para se analisar a adequação da estrutura dos conselhos à proposta de direito social condensado, principalmente em âmbito municipal (HERMANY, 2007). E esse alerta não limita-se, apenas, aos conselhos, mas a todos os instrumentos já existentes ou a serem criados, que visam a apropriação do espaço estatal pela sociedade.

#### **4 A (re)qualificação do processo legislativo orçamentário local: limites e possibilidades**

Nos termos que já fora mencionado ao longo deste trabalho, o cenário de instabilidade política e econômica enfrentando atualmente pela nação brasileira mostra que a democracia representativa está em crise, necessitando de novos modelos políticos para substituí-la ou complementá-la, considerando que a representação política tradicional, isoladamente, não mais se encaixa aos arranjos sociais contemporâneos. Para os próximos anos, o desafio que se apresenta é o estabelecimento de relações políticas que aliem o regime representativo à democracia direta, como ocorre com as experiências do orçamento participativo, os conselhos municipais de gestão de políticas setoriais e outros instrumentos correlatos.

A compreensão sobre participação cidadã está baseada na universalização dos direitos, expandindo-se o conceito de cidadania para além do seu campo jurídico, inovando no que se entende acerca do caráter e papel do Estado, remetendo ao debate público a definição das prioridades nas políticas públicas (GOHN, 2004).

Gohn (2004) ensina que o que mais diferencia esta modalidade de participação é a inclinação à institucionalização, compreendida como inserção no sistema jurídico



institucional, a partir de novas estruturas de representação, em termos de finalidades, práticas e composição social. Para o referido autor, essas estruturas pressupõem a existência de uma nova cultura política que dê sustentação às relações entre o Estado e a sociedade, por meio do enraizamento de relações democráticas em que o debate via argumentação e o confronto racional de ideias entre os diversos atores sociopolíticos e culturais sempre estejam presentes.

Ademais, a democracia participativa carece de uma espécie de participação dos indivíduos e grupos sociais em termos quantitativos e, principalmente, em termos qualitativos. Para isso, ela precisa expandir-se a diversos segmentos, que reflitam as carências socioeconômicas, as demandas sociais e as áreas que necessitam ser mantidas sem se deteriorarem, além de alcançar grupos e agentes socioculturais que agreguem identidades a serem aperfeiçoadas ou preservadas (GOHN, 2004).

Com a democracia semidireta, iniciou-se no Brasil um novo ciclo de participação, direcionando-se os rumos para o desenvolvimento de uma cidadania mais ativa, que reflete na representação partidária e na atuação do gestor público, que obriga-se a conduzir as políticas públicas pautado nos princípios da boa governança. Começa-se, assim, uma nova onda democrática em terras brasileiras, nomeada de democracia participativa (GURGEL, 2015).

Nos dias atuais, as ações que antes eram planejadas e formalizadas em gabinetes fechados, imersas em processos burocráticos, conquistam novos caminhos, abrindo-se à sociedade aspectos fundamentais e detalhes estratégicos do orçamento e da gestão pública, possuindo em seu alcance ferramentas que possibilitam a efetivação das decisões públicas plurais, em que a administração pública e os cidadãos, em comunhão de esforços, orientam as decisões públicas em direção ao bem comum. Esses arranjos institucionais não seriam de forma efetiva se não fossem construídos por intermédio de diálogos profícuos (GURGEL, 2015).

Identifica-se, na visão de governança democrática, a viabilidade de materializar os novos padrões de relação entre sociedade e governo, que se concretizam através da criação de canais de gestão institucionalizados e participativos. Para que esse modelo de governança possa prosperar, apresentam-se dois pré-requisitos. O primeiro deles é a promoção de uma ampla inclusão social, que habilite os cidadãos ao exercício dos seus direitos políticos e sociais. O segundo é a estimulação para uma ampla participação social, por meio de uma rede de organizações da sociedade civil, mobilizados na esfera pública (DOS SANTOS JÚNIOR, 2001).

A partir de 1990, no contexto participacionista da Constituição Federal de 1988, começa-se a regular nacionalmente diversas políticas sociais, com louváveis tentativas de envolvimento da sociedade na gestão e no controle do dinheiro público, através dos conselhos. No entanto, em uma grande parcela de municípios brasileiros, os meios de informação e a dinâmica de operacionalização dos conselhos ainda



restam vinculadas às iniciativas do governo local, por meio de secretários municipais ou responsáveis diretos pelos conselhos. É perceptível a inexistência de uma agenda ou metodologia política que assegure o fluxo regular de informações, de uma organização prévia da pauta de discussão e de estratégias de divulgação das decisões, circunstância que compromete a participação autônoma da sociedade e impede que esses canais revelem todo o seu potencial democrático (DOS SANTOS JÚNIOR, 2001).

Outro instrumento que também possui extrema relevância e vem se consolidando é a audiência pública, consagrada no artigo 58, § 2º, da Constituição Federal, bem como na Lei de Licitações, na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Estatuto da Cidade. Para Hermany (2007), o instituto da audiência pública auxilia na transparência das decisões públicas e no desenvolvimento da ideia de gestão compartilhada, traduzindo-se no envolvimento dos atores sociais tanto na deliberação das políticas públicas, quanto na fiscalização da execução das atividades a serem implementadas.

Entretanto, no que tange ao processo legislativo orçamentário local, preocupa a maneira como a esmagadora maioria das audiências públicas são realizadas, em face da ausência de efetiva discussão, a baixa quantidade de participantes e o raso nível de capacidade decisória dos cidadãos. A isso, alia-se a constatação da alta complexidade das peças e propostas consignadas em uma lei orçamentária, cujo conteúdo, salvo raras exceções, revela-se acessível apenas aos técnicos.

Como solução, Hermany (2007) aponta que os projetos orçamentários, ao contemplarem um grande número de informações, sem prejudicar a clareza na redação e exposição de dados, viabilizarão aos atores sociais uma participação efetiva, de modo que os envolvidos estarão conscientes dos limites e consequências de suas deliberações. É imprescindível que haja um planejamento amplo e detalhado, com linguagem acessível, evitando-se expressões de difícil compreensão popular.

Igualmente importantes, são as estratégias de convocação dos participantes das audiências públicas, que não devem se limitar aos espaços institucionais, de publicações oficiais, dificilmente visualizadas pela população em geral. É necessário que o conteúdo das convocações alcance, efetivamente, o público alvo, e não desvinculem-se de sua atuação cotidiana (Hermany, 2007). Nessa direção, com um verdadeiro envolvimento entre sociedade e poder público, poder-se-á (re)qualificar o processo legislativo local, através da inserção da participação popular no processo de tomada de decisão pública, e, naturalmente, produzir-se um ambiente social que neutralizará os danosos efeitos da crise estatal.

## 5 Considerações finais

Neste trabalho, procurou-se evidenciar que a doutrina do monismo jurídico, criada para atender aos seus interesses negociais da burguesia mercantil, se revela



incapaz de atender as demandas sociais da sociedade contemporânea, não havendo mais razão para o Estado manter o monopólio exclusivo das normas jurídicas.

Propõe-se a implementação da ideia de direito social condensado, de Gurvitch, tendo em vista que compatibiliza o sistema jurídico organizado pela Constituição Federal com a regulação que emerge da própria articulação social. Para tanto, será necessária uma aproximação da sociedade ao processo legislativo orçamentário local, ao considerar que o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual são peças orçamentárias fundamentais para a gestão dos recursos públicos e escolha das políticas públicas. Uma vez que não há uma efetiva participação dos cidadãos nesse processo de escolha das prioridades coletivas, a legitimidade das atuações do Poder Estatal é questionada, resultando em intensos processos de crise política, a exemplo do que se presencia na atualidade.

O Direito não se legitima pela simples observância aos atos formalmente obrigatórios da produção legislativa, mas, sim, por uma efetiva articulação reflexiva que envolva a participação da sociedade no processo de elaboração das leis. A implementação deste novo paradigma não rompe com o espaço estatal, pois visa, tão somente, que o processo de elaboração normativa e as ações da Administração Pública coadunem-se com as propostas do Estado Democrático de Direito.

Conforme já referenciado, a Constituição Federal prevê inúmeros espaços de abertura do governo à participação da sociedade, a exemplo da gestão democrática da seguridade social, da educação, a previsão das audiências públicas como requisito de regularidade do processo de formação das leis orçamentárias, entre outros. Leis infraconstitucionais também preveem hipóteses de participação popular, como a Lei de Licitações, que determina a realização de audiências públicas para contratações sob a modalidade de concorrência pública de expressivo valor, bem como a viabilidade de impugnação administrativa ao edital de licitação, por qualquer cidadão. Na mesma direção, através da Lei de Responsabilidade Fiscal, a promoção de audiências públicas passou a ser obrigatória em todos os níveis de administração, abrangendo todas as leis orçamentárias.

Em termos de (re)qualificação do processo legislativo orçamentário local, o grande desafio a ser enfrentado será a criação de alternativas para desenvolver a consciência da sociedade acerca da importância de sua participação em temas que dizem respeito ao governo. Será imprescindível um investimento em instrumentos e técnicas que aproximem a gestão pública do cidadão, como poderá ocorrer através da aplicação de ideias como o “gabinete na rua”, orçamento participativo, simplificação dos conteúdos constantes dos projetos orçamentários, “Câmara-Mirim”, ouvidorias, entre outras alternativas.



## Referências

- BARACHO, Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica**: alternativas de gestão social. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GOHN, Maria da Glória. Os conselhos municipais e a gestão urbana. *In*: DOS SANTOS JUNIOR, Orlando Alves; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; DE AZEVEDO, Sergio. (org.). **Governança democrática e poder local**: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 57-93.
- GURGEL, Cláudia. Democracia participativa brasileira e a participação social nas cidades. **Revista dos Tribunais**, v. 120, p. 309-336 [p. 1-28], jan. 2015. Disponível em: [www.univates.br/biblioteca/revista-dos-tribunais-online](http://www.univates.br/biblioteca/revista-dos-tribunais-online). Acesso em: 31 jul. 2017.
- GURVITCH, Georges. **La Déclaration des Droits Sociaux**. Paris: Vrin, 1946.
- GURVITCH, Georges. **La Idea Del Derecho Social**. Noción y Sistema Del Derecho Social. Granada: Comares S.L., 2005.
- HERMANY, Ricardo. **(Re)Discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Cortez, 1998.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. **A idéia de direito social** - O pluralismo de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3.ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.





# AS ÁREAS DE INFLUÊNCIA E O MEIO AMBIENTE URBANO SUSTENTÁVEL

*Flávio Barboza de Castro<sup>1</sup>*

*Rogério Gesta Leal<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

Tem-se a crescente preocupação mundial com a proteção ambiental e a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente é visto e é classificado como direito de terceira geração ou dimensão, possuindo natureza difusa, sendo insculpido no artigo 225 da Constituição Federal. Dessa forma, não ficando adstrito ao direito e ao dever individual, carecendo de proteção do Estado e da própria sociedade. E é nesse contexto em que a problemática das áreas de influência ganha espaço, tema de grande relevância aos estudos de impacto ambiental.

Nesse caminho, objetiva-se com o presente trabalho analisar em que medida as áreas de influência se afiguram como forma de proteção ao direito fundamental social e difuso ao meio ambiente urbano.

Dessa maneira, propõe-se responder a seguinte interrogação: como as áreas de influência configuram forma de proteção ao direito fundamental social e difuso ao meio ambiente urbano? Com esse intuito, utiliza-se o método hipotético-dedutivo e a pesquisa bibliográfica.

Em um primeiro momento, aborda-se o direito ao meio ambiente como direito fundamental social e difuso e sua proteção constitucional e infraconstitucional; para, em seguida, responder a problemática inserida a este trabalho, ao trabalhar as áreas de influência como forma de proteção ao direito fundamental social e difuso ao meio ambiente urbano.

---

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, da linha de pesquisa de Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisa “Sociedade de riscos e democracia radical: a formatação de políticas públicas a partir de decisões judiciais”, coordenado pelo Professor Pós-doutor Rogério Gesta Leal. Pós-Graduado em Direito Ambiental pela Uniasselvi. Advogado. E-mail: flaviobarbozadecastro@gmail.com.

2 Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul – RS, Brasil) e na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (Porto Alegre – RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Universidade de Buenos Aires. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Titular da Quarta Câmara Criminal, que julga crimes praticados por prefeitos e vereadores e crimes contra a Administração Pública. E-mail: gestaleal@gmail.com.



## 2 O direito fundamental social e difuso ao meio ambiente sustentável

Dentre vários fatores que impulsionaram o surgimento da preocupação ambiental no Brasil e oportunizaram o seu crescimento nos mais variados setores da sociedade brasileira, chama a atenção os chamados direitos ou interesses metaindividuais ou transindividuais, estabelecidos no âmbito constitucional brasileiro, conforme o artigo 129, III, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado no artigo 81 da Lei n. 8.078/90.

A tutela ao meio ambiente tem sido preocupação de todos e a Constituição Federal reconheceu o meio ambiente como sendo direito de titularidade coletiva ou difusa, direitos de terceira geração ou terceira dimensão, ou seja, pertencente a todos, independentemente de classe social, corporação ou coletividade a que pertença. Como afirma Silva<sup>3</sup> “prova disso é o local de inserção das normas atinentes ao meio ambiente na Constituição da República: ‘Título VIII – Da Ordem Social (arts. 193 a 232). Ora. Se importa à ordem social, é coletivo’”.

Como direito fundamental de terceira dimensão, dimensão esta caracterizada pelos direitos de fraternidade ou de solidariedade, toma-se como nota o fato de se desprenderem da figura do indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, na ideia de família, povo e nação, caracterizando-se, dessa forma, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.<sup>4</sup>

Nessa linha, o direito ao meio ambiente como direito de terceira dimensão, tem sido catalogado dentre os novos direitos, como registra Bobbio:

[...] emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.<sup>5</sup>

Nesse contexto, encontra-se o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, a qualidade de vida e o meio ambiente, esse último, foco desse artigo. Tratando-se do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo da descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando, por sua vez, profundos reflexos na

3 SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 15.

4 Nesse sentido, ver a obra de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

5 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 5-6.



esfera dos direitos fundamentais.<sup>6</sup>

Perante ao exposto, o direito, como fato social e difuso, traz reflexões de ordem ontológicas e encontra-se ao gosto da corrente ideológica de cada época, quando “ultrapassam em seus limites subjetivos a figura do indivíduo, de um grupo ou mesmo de um determinado Estado”.<sup>7</sup>

No âmbito da supraindividualidade, informa Mancuso<sup>8</sup> que os interesses difusos têm a peculiaridade da indeterminação dos sujeitos porque são revelados a um conjunto ilimitado ou dificilmente limitado de pessoas, contrapondo-se ao esquema tradicional, de modo que a proteção não mais pode ter por base a titularidade, mas sim, a relevância social, do interesse.

Como difusos, passam a ideia de sujeitos indeterminados, todavia, há de se evocar, que a coletividade humana também é sujeita de direitos. Pode-se afirmar, que se trata de uma pessoa jurídica, cuja vontade e exigências podem ser formuladas por lei e apresentar-se como exigência à frente de outros sujeitos de direitos. A coletividade na forma de organização em grupos, associações e ONGs.<sup>9</sup>

Ademais, como direito fundamental social, o direito ao meio ambiente carece de uma ação positiva do Estado, não cabe a ele se omitir na concretização e proteção desse direito.<sup>10</sup>

Com esta abrangência, nota-se aqui uma importante mudança na concepção de Estado, que deixa de ser visto exclusivamente como um poder despótico e passa ser reconhecido na ordem de garantia do equilíbrio econômico-social. Ao lado, que a sociedade deixa de se preocupar com a proteção individual frente à ação do Estado, exigindo, dessa forma, uma atuação concreta na realização coletiva desses direitos. À medida, que de uma postura negativa do Estado, passa ele a assumir uma postura positiva frente aos direitos difusos.<sup>11</sup>

Pode-se falar, nesse sentido, de uma dimensão social da própria sustentabilidade do meio ambiente:

6 Em contribuição, o texto de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

7 MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 166.

8 Ver obra de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, conceito e a legitimação para agir.** São Paulo: Revista e atualizada, RT, 2000.

9 Insere-se nessa temática o autor GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania:** conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

10 Para contribuir o livro de COGO LEIVA, Paulo Gilberto. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

11 Nesse sentido, GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania:** conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.



Dimensão social, no sentido de que não se admite o modelo de desenvolvimento excludente e iníquo. De nada serve cogitar da sobrevivência enfastiada de poucos, encarcerados no estilo oligárquico, relapso e indiferente, que nega a conexão de todos os seres vivos, a ligação de tudo e, desse modo, a natureza imaterial do desenvolvimento.<sup>12</sup>

Sobre esse aspecto, observa-se o direito ao meio ambiente como um direito de terceira dimensão, na ordem de um direito fundamental social, carecendo de uma atitude positiva em sua proteção pelo Estado.

Nessa ordem, apresenta-se o artigo 170, incisos II, III e VI, da Constituição Federal, em que se manifesta a questão socioambiental, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental e sua área de afetação, devendo o Estado atuar ativamente na defesa do meio ambiente, inclusive observando os ditames da justiça social.

Em razão disso, acrescentou o legislador constituinte ao *caput* do art. 225, da Constituição Federal, um novo direito fundamental, voltado ao desfrute das adequadas condições de vida em um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, reconhecido como Princípio 1 pela Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972 e reafirmado pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.<sup>13</sup>

Por essa lógica, o primeiro princípio a ser abordado será o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, cunhado a partir do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, que possui *status* de direito fundamental da pessoa humana. Esse princípio refere-se ao reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio que corresponde, na realidade, a um prolongamento do direito à vida, tanto sob o aspecto da própria existência física do ser humano, como quanto à condição de dignidade assegurada à sua existência. Trata-se, sem dúvida, do princípio superior de todo o ordenamento jurídico ambiental, representativo por seu *status* de indiscutível cláusula pétrea, conforme se lê no artigo 60, §4º, IV, da Carta Magna.

Conquanto um tanto tardio, a sociedade está acordando ainda que lentamente para a gravidade da crise ambiental, a qual está consubstanciada, dentre outras coisas, no desequilíbrio do meio ambiente já em evoluída escala, tanto que tratou e passou a elaborar normas de proteção a este bem imensurável.<sup>14</sup>

A redação dada ao art. 225, *caput*, da Constituição Federal, de onde se extrai o

12 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 58.

13 Verificar a obra de CARVALHO, Antônio Cesar Leite, SANTANA, José Lima. **Direito ambiental brasileiro em perspectiva. Aspectos legais, críticas e atuação prática**. Curitiba: Juruá, 2012.

14 Nesse aspecto, CARVALHO, Antônio Cesar Leite, SANTANA, José Lima. **Direito ambiental brasileiro em perspectiva. Aspectos legais, críticas e atuação prática**. Curitiba: Juruá, 2012.



princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, é de uma importância ímpar, todavia, grande parte da doutrina não vem dando tanta relevância para discussão em torno da defesa de um meio ambiente equilibrado. Provavelmente, seja o episódio de que, como a importância do equilíbrio ambiental é algo bastante claro, para muitos autores se torna insignificante uma abordagem mais distinta.

A característica essencial deste princípio é a de que o desequilíbrio ecológico não é apático ao direito, pois o direito ambiental se confirma somente numa sociedade equilibrada ecologicamente onde “cada ser humano só fruía plenamente de um estado de bem-estar e de equidade se lhe for assegurado o direito fundamental de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado”.<sup>15</sup>

Ainda, há o princípio do direito ao desenvolvimento sustentável, que tenta atender às necessidades do presente, sem comprometer as gerações futuras. Significa, também, melhorar a qualidade da vida humana dentro dos limites da capacidade dos ecossistemas. Para Sirvinskas<sup>16</sup> esse princípio, também é conhecido como ecodesenvolvido ou o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, buscando combinar o desenvolvimento socioeconômico com o devido cuidado ao meio ambiente, nem que para isso seja necessário preferir a proteção a fauna e a flora em detrimento dos interesses humanos.

Tem-se a impressão, que o desenvolvimento sustentável, tal como está elaborado, é mais respeitado para os países desenvolvidos do que para os países em desenvolvimento. Basta fazer uma reflexão sobre o campo do direito internacional ambiental, ele foi e continua sendo nos mais variados casos, o palanque sobre o qual se debruça o direito do desenvolvimento, da mesma forma como concebido no direito internacional econômico. Visto que ele está longe de se extinguir e tem assento por meio do direito internacional ambiental, como sustentáculo no aprimoramento do conceito de desenvolvimento sustentável.<sup>17</sup>

Nesse seguimento, a sociedade não deve fixar apenas a enxergar as adversidades das presentes gerações, mas, sim, o comprometimento com a evolução da espécie, sendo necessário que se examinem todas as deliberações que possam repercutir nas futuras gerações, evitando assim, de causar dano impactante para o amanhã.

Em face disso, surgem interrogações, dúvidas e objeções em relação a proteção do direito ao meio ambiente, considerando o contexto da legislação ambiental brasileira, notadamente no que diz respeito ao esclarecimento dos impactos ambientais nas chamadas áreas de influências de determinado empreendimento, seja ele urbano ou rural.

15 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 58.

16 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 58.

17 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 58.



### 3 As áreas de influência e a proteção do direito ao meio ambiente urbano

No Brasil, a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) foi instituída na década de 1980, ampliando-se especialmente com a edição da Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986.

Nesse ponto de vista, Fonseca e Bitar reconhecem que durante muito tempo demonstrou-se a vinculação do procedimento de AIA com o de licenciamento ambiental, mecanismo este de caráter administrativo e utilizado para fins de autorização de um empreendimento recomendado. Mencionando-se que:

De maneira geral, o licenciamento de empreendimentos que podem gerar impactos ambientais se inicia por meio da elaboração de estudos técnicos ambientais. Considerando o nível federal e as várias jurisdições estaduais e municipais, identificam-se diferentes tipos de estudos necessários ao processo de licenciamento ambiental. Tais estudos foram estabelecidos por normas legais diversas, destacando-se o Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/Rima) que resultam do processo de AIA.<sup>18</sup>

No entanto, o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), por seu lado, advém do capítulo sobre a Política Urbana, insculpido no artigo 182 da Constituição Federal, onde adverte que deve ser executada pelo poder público municipal para ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e bem-estar dos habitantes. Ademais, o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV) foi normatizado no artigo 4º, VI, da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, como um dos mecanismos da política urbana. A mesma lei deixou a cargo de lei municipal a definição de empreendimentos sujeitos ao EIV para obter licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento no âmbito local.

Nesse sentido, Machado ressalta que a denominação da área geográfica a ser estudada não fica à mercê do órgão público ambiental, do proponente do empreendimento ou do grupo de trabalho multidisciplinar, e sim, a possibilidade de eventuais impactos significativos, que irão delimitar a área chamada de influência do projeto, podendo ir além dos limites do município e até mesmo em outro Estado da Federação, como também ultrapassar a linha divisória do país.<sup>19</sup>

Destarte, as áreas de influência são as aquelas em que podem ser percebidos os efeitos do impacto ambiental. A estimativa de impacto ambiental é um processo

18 FONSECA, Willian; BITAR, Omar Yazbek. Critérios para delimitação de áreas de influência em estudos de impacto ambiental. *In*: Congresso brasileiro de avaliação de impacto ambiental, 1. São Paulo: ABAI, 2012. p. 03.

19 Nesse olhar, verificar o texto de MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.





de investigação que podem ser gerados, futuramente, a partir de uma ação proposta. Assim, em geral, é no âmbito do estudo de impacto ambiental que são determinadas as futuras áreas de influência direta e indireta do empreendimento, conforme disciplina a resolução Conama 0001/86.

Ainda, a área de influência indireta (All) compreende a faixa em que os efeitos são sentidos de modo diluído ou indireto, que, na maioria das vezes, estão relacionados com os conflitos resultantes da instalação da atividade no espaço rural ou urbano, englobando todas as demais áreas de influência, onde as consequências dos impactos gerados pelo empreendimento apresentam magnitude de baixa relevância.

Por outro lado, a área de influência direta (AID) envolve a área em que o empreendimento será instalado e sofrerá os impactos diretos do planejamento que compreende a área diretamente afetada (ADA) e está relacionada as suas proximidades, por exemplo, desmatamento e terraplanagem para a execução da obra, etc.

Portanto, é nessa extensão que aparecem os principais impactos ambientais decorrentes da instalação e operação da atividade. Os impactos ambientais significativos geralmente ocorrem na área de influência direta do empreendimento. Algumas vezes, esse impacto é tamanho que provoca alterações significativas na região, mudando totalmente o seu panorama.

No entendimento do Ministério Público Federal,<sup>20</sup> a delimitação das áreas de influência é apontada como uma das deficiências encontradas em estudos de impacto ambiental. Além disso, destacam-se ainda os aspectos da publicidade e auditoria do licenciamento ambiental, e, em especial, das áreas de influência. O princípio da publicidade irá permitir aos próprios cidadãos participarem ativamente, além de informar-se para poderem fiscalizar; como, a auditoria irá servir para supervisionar a execução e a eficácia da permissão do empreendimento.

Por esse motivo, é obrigatório o uso de placas que contém o número do processo, data da autorização e responsáveis técnicos. No entanto, não é transparente as áreas de influência afetadas definidas para o projeto, principalmente, para a população local que estará sobre a incidência dos potenciais impactos ambientais no meio ambiente urbano. Nessa lógica, válida são as palavras de Machado, que:

[...] tem sido valorizada como eficiente técnica ambiental a divulgação preliminar dos projetos que possam trazer danos ao ambiente. Esse aspecto do procedimento administrativo vem revelar uma maior integração da comunidade com a Administração, possibilitando uma contínua e não episódica troca de informações. Não só os integrantes

20 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Deficiências em estudos de impacto ambiental:** síntese de uma experiência. Brasília: Ministério Público Federal/4ª Câmara de Coordenação e Revisão; Escola Superior do Ministério Público da União, 2004.



da Administração são chamados a opinar e a refletir, mas também os que possam ser atingidos pela decisão.<sup>21</sup>

Entretanto, essa técnica é utilizada para os processos de licenciamentos ambientais extraordinários, ou seja, de grande impacto ambiental, sujeitos aos tramites do EIA/RIMA;<sup>22</sup> e, portanto, os processos de licenciamentos ambientais ordinários, no qual exige-se apenas o Relatório de Controle Ambiental (RCA) e Plano de Controle Ambiental (PCA) não seguem esse mesmo rito de publicidade.

Torna-se mais relevante esse aspecto, uma vez que os maiores volumes de processos de licenciamentos ambientais são de rito ordinário e, portanto, a população que é parte interessada do processo, fica privada de informações que poderiam levar ao um exame mais minudente.

Essa participação da comunidade no processo de fiscalização, principalmente, nas áreas de influência dos estudos ambientais, poderá também se dar através de entidades não governamentais (ONGs), pois, não raras vezes, vozes isoladas não tem o condão de chamar a atenção de possíveis danos ao meio ambiente. Como observa Amado “as pessoas tem o direito de participar ativamente das decisões políticas ambientais, em decorrência do sistema democrático semidireto, uma vez que os danos ambientais são transindividuais”.<sup>23</sup>

Igualmente, como visto alhures, uma série de princípios ambientais vem listada no artigo 3º da Lei 12.187/2009, que aprovou a Política Nacional sobre Mudança do Clima: “princípio da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional.”

E, observa-se que, a Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e o desenvolvimento, na redação do Princípio 10, seguiu essa tendência, ao definir:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso

21 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 217.

22 Estudo de Impacto Ambiental – EIA e Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, conforme critérios estabelecidos pela resolução Conama 0001/86.

23 AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. Salvador: Juspodium, 2017. p. 96.



efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.<sup>24</sup>

Na prática, pouco se observa a integração e interesse dos municípios localizados nas áreas de influência do empreendimento durante o processo de licenciamento ambiental, assim como a verificação dos potenciais impactos ambientais após o início da instalação e durante a operação do empreendimento, buscando a validação dos limites de influência definidos previamente para o projeto.

Segundo Menin, “é o monitoramento ambiental que delimitará sua verdadeira área de influência, sob a condição do programa de monitoramento ter a capacidade de distinguir as modificações causadas pelo projeto daquelas que têm outras fontes”. Portanto, as etapas do licenciamento ambiental projetam impactos e seus limites e precisam ser acompanhados para remediar os aspectos não previstos.<sup>25</sup>

Nessa convalidação dos fatos, na prática, a publicidade, princípio este de proteção e resguardo do meio ambiente, já escorrido acima, é de fundamental importância, pois as pessoas envolvidas diretamente com o empreendimento (equipes multidisciplinares) e indiretamente (comunidade do entorno), por intermédio de seus representantes, vêm corroborar com esse ajuste, quando necessário, dando-lhes maior publicidade e proteção às chamadas “área de influência”. Assim, verifica-se o entendimento de Machado:

[...] um cidadão que tem a oportunidade de participar do processo decisório, e que não é afrontado pela Administração com o fato consumado, tem grande boa vontade para aceitar e acomodar-se à decisão. De outro lado, a participação pública no processo elaborativo da decisão pode reduzir muito o potencial de conflito, que de outra forma existiria, desde que a participação do público tenha sido em tempo oportuno e efetiva.<sup>26</sup>

Desse modo, é imprescindível se avaliar a participação da comunidade na definição dos limites das áreas de influência no âmbito do licenciamento ambiental, uma vez que estes estão inseridos dentro do contexto e sujeitos aos potenciais impactos definidos pela equipe multidisciplinar que elaborou o projeto, bem como

24 NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e o desenvolvimento**. Rio de Janeiro, jun 1992, p. 02. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

25 MENIN, Fernanda Asseff. **Proposta de delimitação de áreas de influência em estudos de impacto ambiental de rodovias**: estudo de caso da rodovia dos Tamoios/SP. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Geociências e Meio Ambiente)– Universidade Estadual Paulista, Rio Claro, SP, 2017. p. 29. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/150061/menin\\_fa\\_me\\_rcla.pdf?sequence=5](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/150061/menin_fa_me_rcla.pdf?sequence=5). Acesso em: 11 nov. 2017.

26 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 218.



potenciais impactos não previstos, possibilitando, dessa forma, a mitigação dos mesmos e a definição da real área impactada.

Pelo fio do exposto, entende-se que uma das formas de proteção das áreas de influência, se dá através da análise minuciosa pelo órgão ambiental competente, responsável pela emissão da licença de operação, instrumento apto a dar seguimento ao projeto, a fim de avaliar a justificativa técnica para delimitar tais áreas, tendo em vista, que não raras vezes o Estudo de Impacto Ambiental considera apenas o espaço de ação e instalação do empreendimento.

## 5 Conclusão

Por derradeiro, cumpre responder a problemática aqui apresentada: como o estudo das áreas de influência configura forma de proteção ao direito fundamental social e difuso ao meio ambiente urbano?

Com efeito, o problema apresentado encontrou como resposta que as áreas de influência do projeto, objeto de licenciamento ambiental, carecem da manifestação e proteção da sociedade civil, envolvida diretamente, apontando erros e acertos quando a definição destas áreas, juntamente com os órgãos de fiscalização para uma maior e melhor entendimento acerca da importância de proteção, publicidade e conservação do meio ambiente. Dessa forma, o estudo das áreas de influência configura forma de proteção ao direito fundamental social e difuso ao meio ambiente urbano, na medida em que traz mais transparência e segurança para comunidade envolvida.

Ademais, buscou-se abordar no presente artigo a forma de proteção do meio ambiente urbano, nas áreas de influência dos projetos de licenciamento ambiental que fazem parte dos estudos ambientais das equipes multidisciplinares e a participação da comunidade, em especial no se refere à publicidade e proteção dessas áreas.

A necessidade de fazer uso dessa ferramenta é fundamental para dirimir conflitos e conseqüentemente mitigar os impactos ambientais que decorrerem dos projetos que fazem uso dos recursos naturais.

Por fim, diante de tais razões, pertinentes para um maior e melhor entendimento acerca da importância de proteção e conservação do meio ambiente, espera-se aprofundar os estudos para o emblemático tema acerca do impacto das áreas de influência no direito ambiental urbano brasileiro.

## Referências

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. Salvador: Juspodium, 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo n. 34672.2008.04.00.034672-9. Relatora: Desembargadora Marina Vasques Duarte de Barros Falcão. Porto Alegre, RS, 3 de mar. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 abr. 2018.



- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- CARVALHO, Antônio Cesar Leite; SANTANA, José Lima. **Direito ambiental brasileiro em perspectiva**. Aspectos legais, críticas e atuação prática. Curitiba: Juruá, 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Gestão socioambiental**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-gestao-socioambiental>. Acesso em: 11 abr. 2018.
- COGO LEIVA, Paulo Gilberto. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FONSECA, Willian; BITAR, Omar Yazbek. Critérios para delimitação de áreas de influência em estudos de impacto ambiental. *In*: Congresso brasileiro de avaliação de impacto ambiental. São Paulo: ABAI, 2012.
- GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade – novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, conceito e a legitimação para agir**. São Paulo: Revista e atualizada, 2000.
- MENIN, Fernanda Asseff. **Proposta de delimitação de áreas de influência em estudos de impacto ambiental de rodovias: estudo de caso da rodovia dos Tamoios/SP**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Geociências e Meio Ambiente)– Universidade Estadual Paulista, Rio Claro, SP, 2017. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/150061/menin\\_fa\\_me\\_rcla.pdf?sequence=5](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/150061/menin_fa_me_rcla.pdf?sequence=5). Acesso em: 11 nov. 2017.
- MILARÉ, Êdis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Deficiências em estudos de impacto ambiental: síntese de uma experiência**. Brasília: Ministério Público Federal/4ª Câmara de Coordenação e Revisão; Escola Superior do Ministério Público da União, 2004.
- NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e o desenvolvimento**. Rio de Janeiro, jun. 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>. Acesso em: 13 abr. 2018



# MORAL TRIBUTÁRIA DO CONTRIBUINTE BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE ASPECTOS PRÁTICOS E ESTRUTURANTES

## TAX MORAL OF THE BRAZILIAN TAXPAYER: AN ANALYSIS OF PRACTICAL AND STRUCTURING ASPECTS

Vívian Paludo<sup>1</sup>

### 1 Introdução

Tendo em vista a relevância que a tributação possui na estrutura estatal e social, bem como a importância que o agir de modo moralmente correto representa, o tema do presente estudo se torna crucial para a manutenção do Estado, para o contribuinte, para os que se encontram impossibilitados de concorrer nas despesas públicas e para a consecução de políticas públicas e distribuição de renda.

Em razão do mérito do assunto, buscar-se-á responder ao seguinte problema de pesquisa: quais são os aspectos de ordem prática e teórica que estruturam a moral tributária do contribuinte brasileiro? O objetivo principal é identificar os aspectos de ordem prática e teórica que estruturam a moral tributária do contribuinte brasileiro. Para se alcançar o objetivo e responder à questão de pesquisa, far-se-á o exame da moral tributária em seus aspectos gerais, da figura do contribuinte no direito brasileiro e, ao fim, da moral tributária do contribuinte brasileiro, em um mesmo capítulo.

O exame do comportamento e das percepções dos contribuintes quanto à tributação tem relação direta com a postura daqueles diante dessa, e gerará consequências de ordem prática que afetam toda a estrutura e o funcionamento do Estado, afinal, se o contribuinte sente que paga muito e não consegue ter a percepção da relevância disso para a sociedade, tende a agir de modo a se esquivar - tanto por meios lícitos quanto por meios ilícitos - do pagamento dos tributos.

Em especial no Brasil, a conjuntura de déficits de prestações sociais, da complexa estrutura estatal e dos antigos e novos casos de corrupção sistêmica – pública e privada – torna a percepção do contribuinte complexa e turva quanto à tributação, o que requer muita atenção, pois as implicações geram o agravamento das desigualdades sociais, da corrupção e do custo de manutenção da máquina

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Bacharel em Administração pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Membro do grupo de pesquisa Direito Tributário/Financeiro Políticas Públicas de Desenvolvimento e Inclusão Social. E-mail: vivipaludo2@gmail.com.





pública. Ou seja, a moral do contribuinte retroalimenta as causas dos seus próprios fatores perturbadores.

## 2 Moral tributária do contribuinte brasileiro

A moral tributária pode ser dividida entre a moral do Estado - a qual engloba todos os poderes - e a moral dos contribuintes, definida como o agir-moral impositivo compulsório desses sujeitos. Logo, a moral tributária busca definir quais valores ou princípios devem guiar a ação para que a tributação seja considerada justa (TIPKE, 2012, p. 8-9). Depreende-se disso que a moral deve permear toda a relação tributária, sendo que o agir dentro de ditames morais deve ser observado tanto pelo próprio Estado quanto pelos contribuintes. Ocorre que a moral tributária está associada à ideia de justiça na tributação, sendo tratada como sinônimo de ética tributária.

Partindo-se da amplitude do tema, inicia-se o estudo tratando da moral tributária do Estado quanto ao Poder Legislativo, a qual é representada pelo papel que cabe aos parlamentares de proteger os contribuintes de tributos elevados ou exagerados (TIPKE, 2012, p. 45). Ainda, cabe a esse poder se guiar nas suas ações e decisões por princípios de justiça em razão da matéria (TIPKE, 2012, p. 87). Por seu turno, ao Poder Executivo cumpre o dever de agir de acordo com preceitos de moral tributária quando, ao estabelecer e arrecadar tributos, o faz de modo uniforme e em conformidade com os ditames legais. Além disso, cabe às autoridades fazendárias o alcance dos pagamentos em relação a todos os que devem pagar; disso decorre o direito que uns têm, em relação aos demais, que todos os obrigados contribuam (TIPKE, 2012, p. 70).

Carrazza (2002, p. 75) esclarece que a capacidade contributiva deve ser levada em conta desde o momento da criação das leis, utilizando-se da progressividade, com o aumento das alíquotas conforme são aumentadas as bases de cálculo.

No tocante à questão moral na tributação, assume importância o princípio da igualdade, que está relacionado à ideia de justiça, através da diferenciação de situações semelhantes quando há justificção para o tratamento diferenciado, sendo que é um dos pilares sobre os quais se sustenta todo o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, deve haver um critério constitucionalmente justificado de comparação. Do mesmo modo, em matérias de cunho tributário, o princípio da igualdade se torna imperativo. Dá-se que a capacidade contributiva é um parâmetro de diferenciação para a igualdade (SCHOUERI, 2018, p. 345-348).

De modo a esclarecer, cabe a colocação de que a capacidade contributiva, apesar de que os tributos devam ser suportados por toda a coletividade, permite que haja diferenciação de modo que cada um deve contribuir conforme sua possibilidade, sendo este o objetivo da constituição de uma nação que se fundamenta



na solidariedade entre os membros (SCHOUERI, 2018, p. 349). Acrescente-se que a capacidade contributiva determina também que o pagamento dos tributos deve ser satisfeito com o montante da renda que preserve o mínimo existencial, e que não se utilize dos valores necessários às obrigações privadas inevitáveis (TIPKE, 2012, p. 21). Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há o destaque, no preâmbulo, da proteção de valores supremos que devem ser buscados por todos, inclusive pelo Estado. Sendo que ele deve se esforçar para que as pessoas tenham existência digna. Logo, não pode ser tributado o mínimo vital, ou seja, não pode o Estado se apropriar, por meio da tributação, daquilo que os cidadãos necessitam para alcançar os objetivos de caráter superior descritos no preâmbulo da Constituição (CARRAZZA, 2002, p. 103). Perceba-se que a proteção do mínimo existencial é uma supraproteção garantida desde o abrir da Constituição, encontrando-se na parte inicial e guiando a compreensão do texto fundamental. Porém, mesmo com tamanho destaque e relevância, não se consegue a sua efetivação. Ora, se cabe a todos a proteção e a busca de uma vida minimamente digna, não se pode sequer pensar em retirar do contribuinte os recursos que poderiam proporcionar a existência com dignidade. Caso não se tenha um pensamento “generoso”, pode-se justificar a proteção do mínimo existencial, inclusive, pela seguinte lógica: se A deve proteger B, A não pode prejudicar B. Simples assim.

A capacidade contributiva é um dos princípios eleitos pela Constituição do Brasil, tendo previsão expressa em seu texto, sendo que é um mecanismo de realização dos ideais republicanos. Pode ser considerada o mecanismo mais eficaz para que se chegue à justiça fiscal (CARRAZZA, 2002, p. 74).

Outro dos poderes sobre o qual se deve tratar é o Judiciário, ao qual cabe a obrigação de observância da moral tributária por meio da sua atuação quando provocado, de modo que, quando não forem observados os princípios de justiça tributária, ele deve impô-los. Ademais, o Poder Judiciário deve ser o guardião da moralidade tributária (TIPKE, 2012, p. 87-90).

Por sua vez, os contribuintes devem se guiar também pela moral tributária, partindo do pressuposto de que o cumprimento das leis também é uma obrigação moral. Quem sonega age de modo imoral (TIPKE, 2012, p. 101). Uma renovação moral do contribuinte perpassa pela remoralização das leis tributárias, com a observância da justiça tributária (TIPKE, 2012, p. 114).

Por seu turno, na relação jurídico-tributária há a figura do sujeito passivo, que é a pessoa natural ou jurídica (esta, pública ou privada) a quem é imposta a realização da prestação. Essa prestação pode ser pecuniária ou uma ação instrumental. O Código Tributário Nacional, em seu art. 121<sup>2</sup>, divide a figura do sujeito passivo em duas:

2 “Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.  
Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:



o contribuinte e o responsável, sendo que isso determina quem integra o vínculo obrigacional (CARVALHO, 2018, p. 321). Cabe no presente estudo o esclarecimento de que, quando se fala em contribuinte, está-se tratando do contribuinte em sentido *lato*. Esclarece Nabais (2006, p. 259-260) que o sujeito passivo *lato sensu* nas relações jurídicas fiscais pode ser representado por duas figuras: o contribuinte como devedor do imposto, e o contribuinte como sujeito passivo da relação. Ambos - o direto e o indireto - podem ser tidos como contribuintes. Acrescenta Gallo (2011, p. 117) que a consideração da pessoa do contribuinte deve se dar em um contexto institucional e social (e não sua identificação como um sujeito titular de direitos subjetivos patrimoniais), e é o que deve justificar, de modo geral e abstrato, que a pessoa assuma a posição de contribuinte em relação também aos níveis de potencialidade econômica.

Dentre os fatores que podem influenciar a moral tributária do contribuinte, há a insegurança quanto à proteção dos direitos patrimoniais e a corrupção. Em muitas economias, ainda é grande o poder discricionário da Administração Pública quanto à alocação dos recursos, o que acaba por potencializar as possibilidades de corrupção, e essa grande discricionariedade pode ser consequência da falta de confiabilidade das instituições e da falta de competência delas (TORGLER, 2004, p. 9). Em países onde a corrupção é sistêmica e o orçamento carece de transparência, não se pode presumir que a obrigação de pagar impostos é uma norma social aceita. A corrupção geralmente prejudica a moral fiscal dos cidadãos, porque eles ficam frustrados. Os contribuintes vão se sentir enganados se acreditarem que a corrupção é generalizada e a carga fiscal não é bem empregada. A burocracia corrupta não premiará os serviços mais eficientes, mas quem oferecer os subornos maiores (TORGLER, 2004, p. 10).

Em especial no Brasil, está ocorrendo o dismantelamento do que foi construído no Estado de Bem-Estar Social, com a colocação em dúvida de valores e princípios que foram sendo alicerçados durante esse período. Esses princípios e valores estão diretamente ligados ao Estado de Bem-Estar Social, havendo a tentativa de menosprezar a capacidade contributiva – dogma em um sistema tributário que pretende ser justo. Em 1988, com a Constituição Federal, formalmente se qualificou o Estado como Democrático de Direito, tendo sido previstos princípios que nunca se tornaram efetivos na prática, ou seja, nem com a redemocratização do País se pôde ter a eficácia social, de mudanças na sociedade. As previsões legais se mantêm encobertas pelo modo que são interpretadas, a fim de proteger interesses de parcelas influentes da doutrina e da jurisprudência. Percebe-se que há, na verdade, um aumento da carga tributária afastado da consideração da capacidade contributiva, e sem que o Estado, de fato, tenha uma rede de proteção social – o que está constitucionalmente

---

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.” (BRASIL, 1966).



determinado -, gerando uma redistribuição de renda às avessas: quem tem menos sente pesar sobre si uma carga grande de tributos. Porém, não é somente isso; além da carga tributária elevada, ele não tem seus direitos, determinados constitucionalmente, protegidos. Apresenta-se assim um déficit democrático, pois a maioria da população não consegue alterar a pesada carga tributária, mesmo com mecanismos formais para isso (BUFFON, 2009, p. 64-68).

Percebe-se que a relação entre os contribuintes e a moral tributária é complexa e um tanto quanto decorrente de atitudes mentais e de ordem prática. Partindo-se disso, há a possibilidade de sistematização das atitudes mentais do contribuinte em face dos tributos: 1) o *homo oeconomicus* considera como importante sua vantagem econômica, e não percebe nenhum dever moral diante da obrigação tributária: é um individualista, racional e egoísta; 2) o barganhista é o que tem consciência de que precisa das prestações estatais, mas, mesmo assim, intenta contribuir com o mínimo, pois pensa ser o Estado um grande esbanjador; 3) o desgostoso com o Estado é o contribuinte que não está satisfeito e julga estar o Poder Público gastando muito com os demais indivíduos; 4) o liberal está representado por aqueles que percebem o tributo como uma limitação da liberdade, vendo o tributo como um sacrifício sem contraprestação; 5) o elusor fiscal legalístico é o contribuinte que organiza sua conduta de modo a se beneficiar de lacunas legislativas e outros meios legais para diminuir o *quantum* a pagar, não tendo senso de moralidade; 6) o inexperiente não tem conhecimento sobre os temas tributários; 7) o sensível à justiça é representado por aquele que busca justiça na tributação, insurgindo-se contra cargas tributárias desiguais e favorecimentos a determinados grupos (TIPKE, 2012, p. 103-111).

No Brasil, nas últimas décadas, houve uma grande tendência formalista e de amparo à licitude ilimitada da elisão, mostrando-se com isso que, no País, existiu a aproximação da prática tributária da moralidade de cunho privado. Porém, com a Lei Complementar nº 104/2001,<sup>3</sup> tentou-se mudar essa concepção. Outro grande problema que está relacionado à moralidade do contribuinte é a sonegação fiscal – também contrária à legalidade –, sendo que a moral é uma das justificativas para sua ocorrência: justifica-se a sonegação através de sua convicção de aceitação moral. Ademais, há uma face da moralidade tributária que se apresenta na relação entre os próprios contribuintes, visto que o não pagamento de tributos por uns onera excessivamente os demais; o não pagamento pode se dar por decisão do próprio contribuinte quanto pelos privilégios odiosos. Além disso, outras atitudes imorais tributárias por parte dos contribuintes estão relacionadas ao fato de o contribuinte viver espoliando o Estado através de uma busca por ganhos oriundos de incentivos fiscais e renúncias de receitas (TORRES, 2005, p. 28-31).

Como não bastasse o descarte da moral tributária pelos contribuintes e a não

3 A qual alterou alguns artigos do Código Tributário Nacional.



observância da capacidade contributiva, da progressividade e da justiça fiscal na legislação, tem-se o aceite social do oposto a esses conceitos. Aceita-se - e pior, acha-se moralmente louvável - a ofensa à justiça fiscal, aprovam-se práticas sonegatórias e, inclusive, consideram-se tais como “boas práticas” e ações plenamente justificáveis e aprovadas. Disso depreende-se a gravidade da atual moral tributária brasileira, pois, além de não haver a sua observância, em muitos casos, admite-se o oposto como sendo o correto. A percepção de moral tributária passou a ter um cunho eminentemente privado, de afronta aos valores de justiça fiscal. Situação essa que torna o tema ainda mais complexo e inspirador de cuidados.

Não obstante isso, tem-se a cultura do imposto-troca, que desconsidera a capacidade contributiva do cidadão. Ademais, há na legislação tributária brasileira exemplos de que ela foi estruturada com base em casuísmos e de modo a satisfazer interesses de corporações econômica e politicamente importantes. Como exemplo dessa influência, pode ser citada a elevada tributação indireta de bens e serviços essenciais; para isso, usa-se a justificativa de que é necessário que se mantenha a arrecadação elevada, afastando-se a solidariedade e empobrecendo ainda mais os que estão na base social, os que possuem menos recursos. Ainda, cite-se a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) – que, na prática, em nada intervém –, utilizada como instrumento meramente arrecadatário em vez de instrumento de uso do Estado na economia e mecanismo de correções de deformações econômicas. Outro exemplo pode ser trazido com a utilização do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) como instrumento de cunho mercadológico por determinados setores influentes da economia, afastando a essência desse imposto, que é a seletividade em razão da essencialidade do produto. Outrossim, tem-se a utilização de renúncias fiscais como meio de barganha, a fim de beneficiar alguns atores econômicos que têm poder derivado do capital. Para completar, há uma excessiva carga tributária que incide sobre o trabalho (BUFFON, 2009, p. 70).

No último estudo divulgado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil que trata da carga tributária, em novembro de 2018 (com base no ano de 2017), constata-se que a carga tributária brasileira está numa crescente, sendo que o ano de 2017 representou o terceiro ano consecutivo em que houve aumento. A carga tributária chegou a 32,43% do PIB brasileiro. Em relação aos entes federados, em 2017, constatou-se que a União tem a maior parcela da carga tributária, representando 68,02% do total da arrecadação. Por sua vez, os Estados e Municípios tiveram sua participação aumentada. Percebe-se que a União teve sua participação reduzida em relação a 2016, o que foi atenuado pela arrecadação oriunda de parcelamentos especiais, em sua maior parte pelo PERT (Programa Especial de Regularização Tributária), instituído pela Lei nº 13.496, de 24 de outubro de 2017 (SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2018, p. 2).

De modo a se observar a relação entre os contribuintes brasileiros e a mora-





lidade tributária, utiliza-se de dados da pesquisa publicada por Coelho e Martinez (2018), na qual pode ser concluído que, em relação ao gênero, as mulheres possuem um nível de moralidade tributária mais elevado do que os homens. No aspecto etário, a maior taxa de moralidade foi encontrada nas pessoas com idade superior a 64 anos, e a menor, entre os mais jovens; no tocante ao estado civil, as pessoas casadas apresentaram níveis maiores de moralidade tributária em comparação às que se declararam solteiras. No parâmetro de escolaridade, a elevação da quantidade de estudo é diretamente proporcional à moralidade; logo, as pessoas com maior nível de escolaridade possuem maior grau de moralidade tributária. E, ao fim, foi constatado que, quanto maior a renda, maior a moralidade tributária e, em relação ao vínculo profissional, as pessoas que trabalham no setor público possuem maior moralidade tributária do que aquelas que trabalham no setor privado.

O dever de pagar tributos é tido como um dever fundamental, estando também relacionado à solidariedade, como uma decorrência intrínseca ao pertencimento a uma sociedade. Perpassa pela cidadania fiscal, pois a relação entre o dever fundamental de pagar tributos e a cidadania fiscal requer que se tenha presente que o cidadão não tem somente direitos, mas também obrigações (BUFFON, 2009, p. 99).

A justiça fiscal representa o caminho necessário para que se chegue à justiça social no Brasil, o que requer uma profunda mudança na estrutura tributária nacional, em que haja o cuidado de melhorar a distribuição da carga tributária, em especial a que incide sobre o consumo (GASSEN; D'ARAÚJO; PAULINO, 2013, p. 225).

Diante disso, constata-se que a moral tributária é de grande importância para as relações tributárias, tanto para o Estado quanto para os contribuintes. Ela está relacionada ao modo de agir de todos os poderes que compõem o Estado e a todos os contribuintes, em sentido amplo. Relaciona-se com os preceitos de justiça fiscal, igualdade, solidariedade e capacidade contributiva, e preservação do mínimo existencial.

Em especial quanto à moralidade do contribuinte brasileiro, percebe-se que há fatores que são decorrentes de sua postura diante da própria tributação, bem como outros que decorrem da conjuntura e de práticas sociais (como a corrupção sistêmica), que podem prejudicar a moral tributária. Além disso, percebe-se que determinados grupos sociais têm índices mais elevados de moral tributária, como as mulheres, os mais velhos, os casados, os que possuem maior nível de escolaridade, os mais ricos e os funcionários públicos.

### 3 Considerações finais

A moral tributária é formada pela moral tributária do Estado em relação a todos seus poderes, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A moral





tributária do Legislativo está associada à proteção que cabe a esse poder propiciar ao contribuinte. Quanto ao Poder Executivo, deve guiar-se pelo tratamento igualitário e em conformidade com os preceitos legais. O guardião da moral tributária deve ser o Poder Judiciário, fazendo com que os ditames de justiça fiscal sejam observados.

Como corolário da capacidade contributiva, há a justiça fiscal, que deve ser buscada de modo inafastável, por ser decorrente do próprio princípio republicano; e, sendo a moralidade umbilicalmente ligada à justiça fiscal, a noção desta pelo contribuinte permite que se tenha uma melhor percepção moral tributária.

Ademais, a moralidade do contribuinte pode ser influenciada pelos níveis de corrupção dos governos, o que gera a percepção das instituições como incompetentes e pouco confiáveis. A isso acresce-se o fato de que no Brasil a moralidade que mais se aproximou do ramo tributário foi a moralidade individual, e não a baseada em valores coletivos, o que agravou a situação, gestando o aceite da sonegação e demais práticas de afastamento do pagamento de tributos. Há o aceite moral – de cunho privado – de práticas de sonegação. Outro fator de afastamento da boa moral tributária é a visão que os contribuintes possuem do imposto como troca, ou seja, isenções, contribuições e permissões legais são utilizadas para alteração de alíquotas de determinados impostos como mecanismo de troca e de favorecimento a determinados setores, de modo distinto da finalidade desses institutos jurídicos.

Quanto às características pessoais, verificou-se que as mulheres possuem um nível de moralidade tributária mais elevado do que os homens; que a maior taxa de moralidade é das pessoas com idade superior a 64 anos; que as pessoas casadas demonstram níveis maiores de moralidade tributária; que os indivíduos com maior nível de escolaridade possuem maior grau de moralidade tributária; que, quanto maior a renda, maior a moralidade tributária; e, ao final, que os servidores públicos têm índices mais altos de moralidade em relação as pessoas que trabalham na iniciativa privada.

Disso, depreende-se que a compreensão da moralidade tributária do contribuinte brasileiro perpassa por aspectos complexos tanto no plano teórico quanto no prático, sendo que neste os desafios que se apresentam são profundos.

## Referências

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à união, estados e municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm). Acesso em: 14 fev. 2019.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana:** entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COELHO, Marcelo Lopes Bello; MARTINEZ, Antonio Lopo. **Moral tributária e o cidadão brasileiro**. Um estudo empírico. ENANPAD 2018. Curitiba: 2018. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/328108008\\_Moral\\_Tributaria\\_e\\_o\\_Cidadao\\_Brasileiro\\_Um\\_Estudo\\_Empirico](https://www.researchgate.net/publication/328108008_Moral_Tributaria_e_o_Cidadao_Brasileiro_Um_Estudo_Empirico). Acesso em: 22 jun. 2019.

GALLO, Franco. **Las razones del fisco: ética y justicia en los tributos = Le ragioni del fisco: etica e giustizia nella tassazione**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales; PAULINO, Sandra. Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. **Seq encia: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 213-234, jul. 2013. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21572>. Acesso em: 22 jun. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p213>.

NABAIS, José Casalta. **Direito fiscal**. Coimbra: Almedina, 2006.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Carga tributária no Brasil - 2017: análise por tributo e bases de incidência**. Brasília: 2018. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2019.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva Educa o, 2018.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes = Besteuerungsmoral und steuermoral**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

TORGLER, Benno. **Tax morale, trust and corruption: empirical evidence from transition countries**. Basel: Center for Research in Economics, Management and the Arts, 2004. Disponível em: <http://w.crema-research.ch/papers/2004-05.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – valores e princípios constitucionais tributários**. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



# CONSIDERAÇÕES SOBRE A HOMOLOGAÇÃO DE TRANSAÇÕES EXTRAJUDICIAIS TRABALHISTAS

*Márcio Dutra da Costa<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

Em 2017, o legislador brasileiro produziu profundas transformações no Direito Material e Processual do Trabalho. Por meio da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 – a qual entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017 e instituiu a chamada “Reforma Trabalhista” –, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) foi alterada em mais de uma centena de dispositivos.

Uma dessas inovações foi a introdução do Capítulo III-A no Título X, constituído pelos artigos 855-B, 855-C, 855-D e 855-E. Tais dispositivos criaram o denominado “processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial”, permitindo a trabalhadores e tomadores de serviços a possibilidade de homologarem uma conciliação em juízo sem a necessidade do ajuizamento de uma reclamação trabalhista propriamente dita. Até então, a rescisão dos contratos de trabalho de empregados com mais de um ano de serviço para o mesmo empregador tinha sua validade condicionada à assistência do sindicato da categoria profissional ou à sua realização perante a autoridade do atualmente extinto Ministério do Trabalho, conforme o § 1º do artigo 477 da CLT (revogado pela Lei nº 13.467/2017).

A partir desse contexto, a indagação que se pretende responder no presente artigo é: quais são as possibilidades e os limites à utilização do procedimento de jurisdição voluntária para a homologação de acordo extrajudicial, previsto nos artigos 855-B a 855-E da CLT?

A relevância do presente trabalho reside na recentidade da Reforma Trabalhista, tendo este artigo o escopo de contribuir para o desenvolvimento das discussões sobre o referido instituto.

O objetivo da pesquisa é o de analisar o procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial trabalhista.

O método de abordagem é o dedutivo, o qual parte da relação entre argumentos gerais - denominados premissas – e argumentos particulares, até chegar à conclusão. O método de procedimento utilizado é o monográfico, a partir da leitura de fontes

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP - Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal-MS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq. Procurador do Trabalho. *E-mail*: marciadc@hotmail.com



bibliográficas ligadas ao tema da pesquisa.

No desenvolvimento do artigo, abordar-se-ão, na primeira seção, os requisitos formais para o ajuizamento da homologação de acordo extrajudicial.

Na segunda seção, analisar-se-á a impugnação da decisão judicial que não homologa o acordo extrajudicial entabulado, em particular o recurso cabível contra tal provimento jurisdicional.

Na terceira seção, abordar-se-ão aspectos atinentes à competência material, funcional e territorial para a homologação de acordo extrajudicial.

## 2 Requisitos formais para a homologação judicial de acordo extrajudicial trabalhista

O *caput* do art. 855-B da CLT dispõe que o “processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado”.

Inicialmente, chama atenção a atecnia do legislador reformador trabalhista, o qual, de modo distinto do Novo Código de Processo Civil (instituído pela Lei nº 13.105, de 26 de março de 2015, a qual utiliza a nomenclatura “procedimento de jurisdição voluntária” nos arts. 88, 215, I, e 719), adotou a expressão “processo de homologação de acordo extrajudicial”, quando o mais adequado seria empregar o vocábulo “procedimento”. Conforme Borges (2018, p. 191), na homologação de acordo extrajudicial trabalhista não existe qualquer conflito de interesses entre o prestador e o tomador dos serviços, não havendo lide propriamente dita; logo, tais sujeitos são apenas interessados em obter “a homologação judicial de uma transação prévia ocorrida extrajudicialmente, e, como consequência não há ação ou coisa julgada material, representando a jurisdição voluntária, mero procedimento administrativo”. No mesmo sentido, Teixeira Filho (2018, p. 332) preconiza a utilização do termo “procedimento”, em vez de “processo”.

Outro ponto que merece realce é a obrigatoriedade da representação dos interessados (e não “partes”, pois não se trata de jurisdição contenciosa) por advogados, o que afasta expressamente a possibilidade de empregados e empregadores fazerem uso do *jus postulandi* previsto no *caput* do art. 791 da CLT (“Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”).

O § 1º do art. 855-B da CLT estatui, *verbis*: “As partes não poderão ser representadas por advogado comum”.

Bebber (2017, p. 266) entende que o advogado até pode ser comum a ambos os interessados, contanto que tenha sido livremente escolhido pelo trabalhador, porquanto o objetivo da norma é tutelar o empregado: “Se este, porém, livremente



(sem influência ou sugestão do empregador) escolher o procurador, terá seus interesses devidamente protegidos”. Discorda-se de tal entendimento (absolutamente minoritário na doutrina), pois a mera interpretação gramatical do dispositivo basta para levar à conclusão de que os procuradores dos interessados (e não “partes”, como disposto na lei) devem ser distintos, a fim de se assegurar o adequado resguardo dos interesses de cada um.

Analisando o sentido teleológico dessa norma, Teixeira Filho (2018, p. 328-329) entende que ela também proíbe que os interessados sejam representados por advogados integrantes do mesmo escritório de advocacia. Em consonância com tal entendimento, há também o magistério de Miessa (2018, p. 235) e o de Sales (2018, p. 65), o qual sustenta que a norma insculpida no § 1º do art. 855-B da CLT “visa a transparência dos acordos extrajudiciais, pressupondo que cada advogado promova o necessário esclarecimento do seu cliente, guiando-o para o porto seguro da solução conciliatória da questão trabalhista.”

Para Silva (2018, p. 355), a presença de advogado comum a ambos os interessados poderia caracterizar, em tese, o delito de patrocínio simultâneo ou tergiversação, tipificado no parágrafo único do art. 355 do Código Penal (instituído pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) como a conduta do “advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias”. Diverge desse entendimento Teixeira Filho (2018, p. 329), para quem não há crime, nem mesmo o de patrocínio infiel (previsto no *caput* do art. 355 do Código Penal como o ato de “trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado”): “Assim entendemos, porque não basta que o advogado esteja a atuar, na mesma causa, em nome de ambas as partes: é necessário que os interesses delas sejam conflitantes. No caso, o advogado estará atuando em nome de interesses convergentes de ambas as partes.”

O § 2º do art. 855-B da CLT faculta ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria profissional. A norma está em consonância com o disposto no art. 8º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CRFB/1988), *verbis*: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Para Miessa (2018, p. 235), a assistência por advogado sindical elide uma hipotética necessidade de representação simultânea por advogado particular, pois o escopo do dispositivo legal é o de dar ampla ciência ao trabalhador dos termos da avença que este está celebrando.

Considerando a inexistência de sucumbência, a decisão judicial que homologar a conciliação extrajudicial não condenará nenhum dos interessados a pagar honorários advocatícios sucumbenciais (SCHIAVI, 2018, p. 77). Logo, cada um dos interessados deverá arcar com os honorários advocatícios convencionados com seu procu-



rador, na forma do art. 22 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (instituído pela Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994).

Na seção seguinte, abordar-se-á a impugnação da decisão judicial que não homologa o acordo extrajudicial, em especial o recurso cabível contra tal provimento jurisdicional.

### 3 Considerações sobre a impugnação da decisão judicial que indefere a homologação de acordo extrajudicial trabalhista

O art. 855-D da CLT dispõe, *verbis*: “No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.”.

Considerando o enorme volume de ações que tramitam perante as Varas do Trabalho – órgãos do primeiro grau da Justiça do Trabalho perante os quais são protocolados os acordos extrajudiciais -, a maioria dos doutrinadores entende que o prazo de quinze dias não é preclusivo, e sim impróprio, não havendo quaisquer consequências processuais em caso de descumprimento. Nessa senda, é possível citar Bebber (2017, p. 269), Branco (2018, p. 82), Castro (2018, p. 233), Miessa (2018, p. 236), Sales (2018, p. 67), Scalercio (2018, p. 135) e Silva (2018, p. 251). Com efeito, não faria sentido atribuir preferência à homologação de acordos extrajudiciais – situação de mera jurisdição voluntária, em que os interessados sequer se encontram em estado de conflito – em detrimento do processamento e julgamento das ações trabalhistas, nas quais, por via de regra, estão em discussão verbas de natureza salarial, dotadas de caráter alimentar. Imaginar-se o contrário subverteria a própria essência da Justiça do Trabalho, cujo principal papel consiste em processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho (art. 114, I, da CRFB/1988).

Releva salientar que os interessados não possuem direito subjetivo à homologação do acordo extrajudicial em toda e qualquer circunstância, conforme o Enunciado nº 110 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida em 2017 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra): “O juiz pode recusar a homologação do acordo, nos termos propostos, em decisão fundamentada.”. A fundamentação é um requisito das decisões do Poder Judiciário brasileiro, conforme o art. 93, IX, da CRFB/1988.

O Enunciado nº 123 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho expõe em detalhes o *iter* que deve ser seguido pelo Juiz do Trabalho ao deparar com a petição conjunta de homologação de acordo extrajudicial:

- I - A faculdade prevista no Capítulo III-A do Título X da CLT não alcança as matérias de ordem pública. II - O acordo extrajudicial só será homologado em juízo se estiverem presentes, em concreto,





os requisitos previstos nos arts. 840 a 850 do Código Civil para a transação. III - Não será homologado em juízo o acordo extrajudicial que imponha ao trabalhador condições meramente potestativas, ou que contrarie o dever geral de boa-fé objetiva (art. 122 e 422 do Código Civil).

Caso o Juiz do Trabalho decida não homologar o acordo extrajudicial levado à sua cognição, os interessados poderão interpor recurso ordinário ao Tribunal Regional do Trabalho (órgão responsável pelo segundo grau de jurisdição na Justiça do Trabalho brasileira), no prazo de oito dias úteis (art. 895, I, c/c art. 775, da CLT). Teixeira Filho (2018, p. 333) registra que, quando o recorrente for o empregador, não haverá necessidade de efetuar o depósito pecuniário recursal a que se refere o art. 899, § 1º, da CLT (como sói acontecer nas reclamações trabalhistas), pois a sentença prolatada não possui conteúdo condenatório.

Ante tal quadro, uma questão exsurge: considerando que a petição inicial de homologação de acordo extrajudicial deve ser conjunta, o recurso ordinário poderá ser interposto por apenas um dos interessados ou deverá ser igualmente conjunto?

Bebber (2017, p. 270) entende que a legitimidade recursal incumbe a cada um dos interessados, ainda que agindo de modo isolado. Por outro lado, Silva (2018, p. 252) sustenta que a petição deve ser conjunta.

No presente estudo, entende-se que não há necessidade de o recurso ordinário ser firmado pelos procuradores de ambos os interessados, bastando que um deles o assine. No Direito Processual do Trabalho brasileiro, um dos princípios informadores é o da simplicidade. Considerando que o acórdão a ser prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho produzirá efeitos rigorosamente iguais sobre a esfera jurídica dos dois interessados, exigir a assinatura conjunta da peça recursal representaria um rigor excessivo.

Uma relevante observação consta no Enunciado nº 124 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, *verbis*: “No caso de recurso da decisão que não homologar de forma fundamentada o acordo extrajudicial, o tribunal não poderá retornar o processo para que o juiz de primeiro grau o homologue.”. Ou seja: de modo distinto dos acórdãos prolatados em sede de recursos ordinários interpostos nas reclamações trabalhistas – nos quais, muitas vezes, o Tribunal Regional do Trabalho determina o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem, a fim de que o juízo *a quo* efetue o julgamento dos pedidos, como forma de evitar supressão de instância -, no procedimento de homologação de acordo extrajudicial, é o próprio Tribunal Regional do Trabalho que deverá homologar a avença, se a sentença denegatória de primeiro grau estiver devidamente fundamentada.

Não obstante o instituto da homologação de acordos extrajudiciais trabalhistas seja recente, já é possível encontrar acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho



que seguem tal linha, conforme as ementas abaixo transcritas:

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. Conforme art. 855-B da CLT, o processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado, que não pode ser comum. Assim, uma vez obedecidos os requisitos dispostos no art. 855-B da CLT e Comunicado GP/CR de 16/01/2018 deste E. Regional, e não se vislumbrando, *in casu*, qualquer vício de vontade, impõe-se homologar o acordo extrajudicial entabulado pelas partes. Recurso ordinário a que se dá provimento. (TRT DA 2ª REGIÃO, 2018, on-line).

RECURSO ORDINÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. ARTS. 855-B E SEQUENTES DA CLT. LEI N. 13.467/2017. De conformidade com o art. 855-B da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, o processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado, que não pode ser comum. Assim, uma vez obedecidos os requisitos dispostos no art. 855-B da CLT, e não se vislumbrando, *in casu*, qualquer vício de vontade, impõe-se homologar o acordo extrajudicial celebrado pelas partes. Recurso ordinário a que se dá provimento. (TRT DA 7ª REGIÃO, 2018, on-line).

Na seção seguinte, estudar-se-ão aspectos atinentes à competência material, funcional e territorial do instituto sob comento.

#### **4 Competência material, funcional e territorial relativa ao procedimento de homologação de acordo extrajudicial trabalhista**

Em relação à competência material para a homologação de acordo extrajudicial trabalhista, é indene de dúvida que pertence à Justiça do Trabalho, consoante o capítulo III-A do Título X da CLT (o qual trata “do processo judiciário do trabalho”), constituído pelos arts. 855-B a 855-E. O fundamento constitucional reside no art. 114, IX, da CRFB/1988, o qual incumbe à Justiça do Trabalho processar e julgar “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

Quanto à competência funcional, a petição conjunta dos interessados deve ser protocolada perante a Vara do Trabalho (primeiro grau de jurisdição), consoante o art. 652, *caput*, alínea *f*, da CLT. Conforme exposto na seção anterior, em caso de recusa fundamentada à homologação do acordo extrajudicial, é cabível a interposição de recurso ordinário, a ser julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho, órgão ao qual incumbirá proceder à homologação da avença, caso decida dar provimento ao apelo.

No que concerne à competência territorial, o Enunciado nº 125 da 2ª Jornada



de Direito Material e Processual do Trabalho assim dispõe, *verbis*:

I - A competência territorial do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial segue a sistemática do art. 651 da CLT. II - Aplica-se analogicamente o art. 63, § 3º, do CPC, permitindo que o juiz repute ineficaz de ofício a eleição de foro diferente do estabelecido no art. 651 da CLT, remetendo os autos para o juízo natural e territorialmente competente. No caso de recurso da decisão que não homologar de forma fundamentada o acordo extrajudicial, o tribunal não poderá retornar o processo para que o juiz de primeiro grau o homologue.

O referido art. 651 da CLT estatui que, por via de regra, a reclamação trabalhista deve ser ajuizada perante a Vara do Trabalho responsável pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.

Considerando que a competência territorial é relativa (admitindo, assim, a prorrogação), em termos práticos, ela será definida pelos próprios interessados no procedimento de jurisdição voluntária sob análise – os quais, por razões óbvias, não teriam interesse em aviar uma possível exceção de incompetência territorial (prevista no art. 800 da CLT), porquanto a petição inicial é conjunta. Todavia, o item II do supracitado Enunciado nº 125 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho admite a aplicação, por analogia, do disposto no § 3º do art. 63 do CPC (“Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu”). O escopo do enunciado parece ser o de evitar que o tomador dos serviços imponha unilateralmente ao trabalhador – por via de regra, hipossuficiente na relação laboral – o foro que lhe seja mais conveniente, dificultando o acesso daquele à Justiça. Considerando que o prestador de serviços necessita das verbas para sua subsistência, é provável que aceite submeter-se a tal condição, a fim de receber seus créditos de modo mais célere.

Não admitindo a declinação de ofício da competência territorial, por ser de natureza relativa, Sales (2018, p. 65) entende que os interessados protocolarão a petição conjunta perante o juízo que lhes for mais conveniente, ainda que fora dos parâmetros do art. 651 da CLT, como sói ocorrer nas eleições de foro. Entretanto, ressalta que o Ministério Público do Trabalho, nas causas em que seja parte ou tenha atuação como fiscal da lei (*custos legis*), terá legitimidade para arguir a incompetência territorial, aplicando-se supletiva e analogicamente o disposto no art. 65, parágrafo único, do CPC (“A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar”).

Branco (2018, p. 83) entende haver competência comum dos Juízes do Trabalho



que atuam nas Varas do Trabalho e daqueles que atuam nos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSC-JT).

Instituídos pela Resolução nº 174, de 30 de setembro de 2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), os CEJUSC-JT são responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação de processos em qualquer fase ou instância, inclusive naqueles pendentes de julgamento perante o Tribunal Superior do Trabalho (TST), segundo o *caput* do art. 6º do referido diploma. Segundo Schiavi (2018, p. 77), conquanto não seja obrigatória a designação de audiência para a homologação de acordo extrajudicial, tal providência é prudente, e possivelmente será delegada aos CEJUSC-JT.

Os CEJUSC-JT são coordenados por um magistrado da ativa, e os magistrados supervisores que neles atuam devem realizar as pautas iniciais das unidades jurisdicionais a eles vinculadas (art. 6º, § 2º, da Resolução CSJT nº 174/2016). Segundo Gasparoto e Pompeu (2018, p. 137), o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, de São Paulo, foi pioneiro a estabelecer recomendações, por meio de um rol de diretrizes a serem observadas pelos juízes coordenadores dos CEJUSC-JT. Na Recomendação GP/CR nº 1/2017, o Presidente e a Corregedora Regional do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região resolveram recomendar aos magistrados do trabalho o encaminhamento, aos CEJUSC-JT, conforme a competência normativa, dos procedimentos de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial.

## 5 Considerações finais

O procedimento de homologação de acordo extrajudicial trabalhista, instituído pela Lei nº 13.467/2017, foi uma das novidades introduzidas pelo legislador brasileiro por meio da denominada “Reforma Trabalhista”. Por meio de tal instituto, é possível que o trabalhador e o tomador dos seus serviços levem à cognição do Juiz do Trabalho o acordo entabulado extrajudicialmente, a fim de receber a devida chancela.

Os interessados não podem fazer uso do *jus postulandi*, devendo ser necessariamente assistidos por advogados distintos e arcar com os honorários dos respectivos profissionais.

O prazo de quinze dias para a prolação de sentença não é preclusivo, devido ao elevado volume de ações que tramitam perante as Varas do Trabalho. Não havendo a homologação no primeiro grau de jurisdição, os interessados poderão – individual ou conjuntamente – interpor recurso ordinário ao Tribunal Regional do Trabalho, ao qual incumbirá, caso dê provimento ao apelo, proceder diretamente à homologação, sem determinar o retorno dos autos ao juízo *a quo*.

A petição inicial conjunta deve ser ajuizada perante a Vara do Trabalho responsável pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao



empregador, a qual possui competência funcional para homologar o acordo. Tal competência também pode ser atribuída ao CEJUSC-JT, órgão especializado na realização de conciliações.

Em suma, a homologação de acordo extrajudicial trabalhista é um novel procedimento de jurisdição voluntária cujos limites e possibilidades ainda não se encontram perfeitamente delineados, sendo prudente aguardar a evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto.

## Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Reforma trabalhista – enunciados aprovados**: 2ª jornada de direito material e processual do trabalho (2017); XIX congresso nacional dos magistrados da justiça do trabalho – Conamat (2018). Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto\\_RT\\_Jornada\\_19\\_Conamat\\_site.pdf](https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf). Acesso em: 3 mar. 2019.

BEBBER, Júlio César. Reforma trabalhista: homologação de acordo extrajudicial. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISI, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. **Reforma trabalhista**: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017. 272 p.

BORGES, Múcio Nascimento. A reforma trabalhista e a introdução da jurisdição voluntária no processo do trabalho. *In*: SILVA, Paulo Renato Fernandes da (org.). **A reforma trabalhista**: reflexos da reforma trabalhista no direito do trabalho, no direito processual do trabalho e no direito previdenciário. São Paulo: LTr, 2018. 248 p.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. Os acordos extrajudiciais na justiça do trabalho e a lei n. 13.467/2017: jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência? *In*: SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et al.* (coord.). **Reforma trabalhista**: análises e comentários sobre a lei n. 13.467/2017: 3ª obra coletiva do FNPT. São Paulo: LTr, 2018. 244 p.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Resolução nº 174, de 30 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95527/2016\\_res0174\\_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95527/2016_res0174_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm). Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia





e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm). Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 26 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1). Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). **Recomendação GP/CR nº 1/2017**. Disponibiliza os Centros Judiciários de Solução de Conflitos para receber e realizar audiências nos processos a que alude o Capítulo III-A, do Livro X, da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/Normas\\_Presid/Recomendacoes/GPCR\\_01\\_17.html](http://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/Normas_Presid/Recomendacoes/GPCR_01_17.html). Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). **Recurso ordinário nº 1000025-38.2018.5.02.0081**. Recorrente: Banco Santander (Brasil) S.A. Recorrido: Marcelo Augusto Manzano Silva. Relator: Desembargador Nelson Nazar. São Paulo, 12 de junho de 2018. Disponível em: [https://consulta.pje.trtsp.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p\\_tipo=2&p\\_grau=2&p\\_id=HC87GQXvbG%2FfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p\\_idpje=nDYs%2FdqBC4E%3D&p\\_num=nDYs%2FdqBC4E%3D&p\\_npag=x](https://consulta.pje.trtsp.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=HC87GQXvbG%2FfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=nDYs%2FdqBC4E%3D&p_num=nDYs%2FdqBC4E%3D&p_npag=x). Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (7. Região). **Recurso ordinário nº 0000690-76.2018.5.07.0002**. Recorrentes: Claudenir Alves de Moraes e Condomínio Edifício Gilberto Studart. Recorridos: os mesmos. Relatora: Desembargadora Regina Gláucia Cavalcante Nepomuceno. Fortaleza, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.escavador.com/diarios/711771/TRT-7/J/2018-09-13/355958885/movimentacao-do-processo-0000690-7620185070002>. Acesso em: 3 mar. 2019.

CASTRO, Aline Braga de. Processo de jurisdição voluntária: a homologação de acordo extrajudicial. *In*: KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino (coord.). **Direito processual do trabalho**: constituição e reforma trabalhista. São Paulo: LTr, 2018. 360 p.

GASPAROTO, Eduardo; POMPEU, Nathalia Correia. Acordo extrajudicial na reforma trabalhista. *In*: ZAVANELLA, Fabiano; ROCHA, Marcelo Oliveira (org.). **O primeiro ano de vigência da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista)**: reflexões e aspectos práticos. São Paulo: LTr, 2018. 180 p.

MIESSA, Élisson. Processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina (coord.). **Soluções de conflitos trabalhistas**: novos caminhos. São Paulo: LTr, 2018. 572 p.

SALES, Cleber Martins. Processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial. *In*: SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et al.* (coord.). **Reforma trabalhista**: análises e comentários sobre a lei n. 13.467/2017: 3ª obra coletiva do FNPT. São Paulo: LTr, 2018. 244 p.

SCALERCIO, Marcos. Aspectos práticos e polêmicos do novo procedimento de jurisdição voluntária. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina (coord.). **Soluções de conflitos**





**trabalhistas:** novos caminhos. São Paulo: LTr, 2018. 572 p.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho:** aspectos processuais da lei n. 13.467/17: de acordo com a IN n. 41/18 do TST. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018. 262 p.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Capítulo III-A – Do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial. *In:* DIAS, Carlos Eduardo Oliveira et al. **Comentários à lei da reforma trabalhista:** dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. 432 p.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista:** as alterações introduzidas no processo do trabalho pela lei n. 13.467/2017 e pela medida provisória n. 808, de 14.11.2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. 484 p.



# O COMPARTILHAMENTO DAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL NO BRASIL

*André Viana Custódio*

## 1 O contexto do trabalho infantil no Brasil

A exploração do trabalho infantil no Brasil constitui fenômeno complexo e multifacetário decorrente da desigualdade econômica, de fatores culturais e da fragilidade institucional das políticas de atendimento para crianças e adolescentes. O último Censo, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2010, identificou 3,4 milhões de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil no país.

As principais causas da exploração do trabalho infantil estão diretamente associadas à desigualdade econômica, a situação de pobreza das famílias e a precarização das relações de trabalho, que induzem as famílias a buscar na força de trabalho de seus filhos estratégias de subsistência.

No entanto, os fatores culturais do trabalho infantil têm se colocado como elementos de persistência desta condição dificultando as ações de enfrentamento ao trabalho infantil. Mitos como “é melhor trabalhar do que roubar”, “o trabalho da criança ajuda a família”, “é necessário trabalhar desde cedo para garantir o futuro” são recorrentes nas narrativas e construções culturais das comunidades e famílias, que diante das múltiplas impossibilidades expõem crianças e adolescentes as diversas formas de violação de direitos.

Além disso, as dificuldades de acesso às políticas públicas de atendimento, em especial de educação, saúde, assistência social, cultura, esporte e lazer, tendem a colocar o trabalho infantil como alternativa ocupacional para crianças e adolescentes; que aliada a dificuldade de acesso dos pais ao trabalho digno e decente, transfere-se para à infância a responsabilidade de manutenção ou complementação de renda do núcleo familiar.

Embora, a informalidade seja predominante nas diversas formas de trabalho infantil, observa-se que as atividades estão inexoravelmente ligadas às grandes cadeias produtivas, muitas com ramificações internacionais e organizações econômicas estruturadas. Assim, o trabalho infantil, em regra, está associado ao processo de precarização das relações de trabalho e redução dos custos de produção, produzindo efeitos sociais e políticos devastadores, pois oneram as políticas públicas de atendimento e proteção, além de reproduzir o ciclo intergeracional de pobreza.



A interrupção do ciclo intergeracional de pobreza depende necessariamente do enfrentamento das desigualdades econômicas, da superação da cultura da indiferença com a exploração, o aprimoramento das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil que estejam amparados por um marco jurídico protetivo para crianças e adolescentes.

## 2 A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura a proteção contra a exploração do trabalho infantil ao estabelecer que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dentre a proteção prevista no citado dispositivo contra toda forma de exploração estão incluídas as diversas modalidades de proteção contra a exploração do trabalho infantil. O conceito de trabalho infantil, seguindo os parâmetros estabelecidos pela Organização Internacional do Trabalho, é definido segundo limites de idade mínima para o trabalho que definem a aquisição de capacidade jurídica relativa ou absoluta para pactuar contrato de trabalho.

No Brasil, os limites estão inicialmente previstos no art. 7º, XXXIII da Constituição, atualizado pela Emenda Constitucional n. 20/1998, que determina “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ao regulamentar o dispositivo constitucional estabeleceu limites protetivos mais detalhados ao prever que:

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

- I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;
- II - perigoso, insalubre ou penoso;
- III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;
- IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola.



Além dos limites constitucionais e estatutários, o país ratificou a Convenção n. 138 sobre limites de idade mínima para o trabalho e a Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho. A Convenção n. 138 determina que os países membros devem adotar, além dos limites de idade mínima para o trabalho, uma política nacional de erradicação do trabalho infantil. Já a Convenção n. 182 define as estratégias para o enfrentamento das piores formas de trabalho infantil que envolvem:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes; e,
- d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.

Assim, define-se como trabalho infantil no Brasil todo trabalho realizado por crianças e adolescentes antes dos limites de idade mínima, sendo qualquer trabalho antes dos 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos; qualquer trabalho considerado perigoso, insalubre, penosos, noturno, realizado em horários e locais que prejudiquem a frequência escolar, ou ainda, aqueles considerados como piores formas de trabalho infantil que envolvem as atividades previstas no decreto regulamentador, tais como os trabalhos na construção civil, a exploração sexual comercial e o trabalho infantil doméstico.

Em decorrência dos compromissos nacionais e internacionais para proteger crianças e adolescentes da exploração no trabalho, o Brasil instituiu o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), com a finalidade de estruturar as políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil.

O PETI surgiu em 1994 como um programa que envolvia três ações básicas: matrícula e acompanhamento da frequência escolar de crianças e adolescentes, transferência de renda para as famílias e oferta de contraturno escolar para crianças e adolescentes afastados do trabalho infantil. No entanto, ao longo da sua execução foi desenvolvido e aprimorado e atualmente consiste em uma política pública intersetorial do Estado brasileiro para a prevenção e erradicação do trabalho infantil com ações compartilhadas entre poder público, comunidade e famílias nas áreas de educação,



saúde, assistência social, cultura, esporte, lazer e profissionalização, que encontram interface com o Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente.

O Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente é uma forma de organização política e administrativa das estratégias e ações para a garantia de direitos de crianças e adolescentes, estruturado de forma descentralizada no âmbito da União, Estados e Municípios. Para assegurar o controle e efetivação dos direitos fundamentais estrutura-se em três níveis de políticas públicas: atendimento, proteção e justiça.

As políticas de atendimento são objeto de planejamento, controle e avaliação dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, órgão público paritário, constituído por metade de seus representantes indicados pelos órgãos governamentais e a outra metade indicados pelas organizações da sociedade civil e dentre suas diversas atribuições devem estruturar as políticas intersetoriais de prevenção e erradicação do trabalho infantil assegurando o acesso de crianças, adolescentes e famílias à rede de atendimento das políticas sociais básicas.

Como segundo nível de garantias de direitos, instituiu-se a política de proteção que envolve a atuação administrativa dos Conselhos Tutelares, órgãos públicos municipais, constituídos por representantes eleitos periodicamente pela sociedade civil e que tem por finalidade atuar sempre que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes forem ameaçados ou violados aplicando medidas administrativas de proteção à crianças e adolescentes, medidas administrativas aos pais ou responsáveis e, também à administração pública quando o acesso aos serviços públicos não estiverem assegurados.

Não surtindo efeitos na aplicação das medidas administrativas pelo Conselho Tutelar, surge a atuação das políticas de justiça com a atuação da Defensoria Pública, do Ministério Público e do Poder Judiciário como última instância de garantias de direitos.

Para o fortalecimento da articulação intersetorial das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil, o PETI foi reordenado em torno dos eixos: informação e mobilização, identificação, proteção, defesa e responsabilização, oferecendo suporte para que os municípios possam planejar e aprimorar as ações estratégicas locais com a formulação de diagnósticos locais do trabalho infantil, pactuação de fluxos de identificação e encaminhamento, capacitação dos profissionais da rede de atendimento, monitoramento e avaliação das ações.

No entanto, o deslocamento da estratégia de financiamento universal para o modelo de atenção prioritário para os municípios considerados como de alta incidência de trabalho infantil acabou por excluir das possibilidades de cofinanciamento do programa número significativo de município brasileiros e dificultando a estruturação universal das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil.



Além disso, destaca-se que a efetiva erradicação do trabalho infantil depende da intensa participação das comunidades locais e o envolvimento dos setores públicos que devem pactuar as ações para prevenção e erradicação do trabalho infantil mediante a formulação conjunta nas Comissões Intersetoriais do PETI dos Planos Municipais de Ações Estratégicas, definindo de forma objetiva as responsabilidades compartilhadas entre os setores público e privado para a garantia da proteção integral de crianças e adolescentes.

### 3 Conclusões

A superação da exploração do trabalho infantil no Brasil está diretamente associada a capacidade jurídica, política e institucional em oferecer alternativas ao desenvolvimento integral de crianças e adolescentes mediante oferta de políticas públicas básicas compartilhando responsabilidades entre o Estado e a sociedade civil.

Embora o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil tenha sua origem nas políticas socioassistenciais, o reordenamento do programa articulando ações intersetoriais e estratégicas entre a rede de atendimento e os órgãos do sistema de garantias de direitos tem capacidade potencial de fornecer subsídios para a construção de uma efetiva política nacional de prevenção e erradicação do trabalho infantil.

O marco jurídico brasileiro para a proteção de crianças e adolescentes contra a exploração no trabalho teve alterações que foram fundamentais nas suas questões estruturais básicas, tais como a elevação da idade mínima para o trabalho e o estabelecimento de compromissos nacionais e internacionais para o enfrentamento do problema.

O abandono da estratégia de cofinanciamento universal das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil focalizando apenas os municípios considerados de alta incidência tende a ser um obstáculo concreto para a proteção integral de crianças e adolescentes produzindo e acirrando as assimetrias e desigualdades regionais.

Por isso, destaca-se a importância das estratégias de mobilização local com a participação da sociedade civil organizada como forma de assegurar o planejamento sustentável das políticas públicas de atendimento nos planos decenais de direitos humanos de crianças e adolescentes, nos planos municipais de ações estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e nos planos setoriais das políticas de educação, saúde, assistência social, cultura, esporte, lazer e profissionalização.





## Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 05 de out. 1988.

BRASIL. Decreto 6.481, de 12 de junho de 2008. Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF. 12 jun. 2008.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Portaria n. 318, de 12 de dezembro de 2016. Estabelece normas gerais para o funcionamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI. Brasília: MDSA, 2016. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/24655254/do1-2016-12-14-portaria-n-318-de-12-de-dezembro-de-2016-24655232](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/24655254/do1-2016-12-14-portaria-n-318-de-12-de-dezembro-de-2016-24655232). Acesso em: 04/07/2019.

CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de. Algumas lições do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. **São Paulo Perspec.**, São Paulo, v. 18, n. 4, p. 50-61, Dec. 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392004000400007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000400007&lng=en&nrm=iso). Acesso: 04/07/2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000400007>.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; KÜHL, Franciele Letícia. As atribuições dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente no aprimoramento do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente. Seminário Internacional Direitos Humanos e Sociedade. **Anais** (on-line), Criciúma, UNESC, 2018. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/view/4645/4244>. Acesso em 20/02/2019.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A Influência do Direito Internacional no Processo de Erradicação do Trabalho Infantil no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, 23 (2), 178-197, 2018. <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i21141>

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Criciúma: UNESC, 2009.

IBGE. **Censo 2010**. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/apps/trabalho infantil/index.html>. Acesso em 08/03/2019.

OIT. Convenção n. 138, sobre idade mínima para admissão a emprego. Disponível em: [http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS\\_235872/lang-pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS_235872/lang-pt/index.htm). Acesso em: 08/03/2019.

OIT. Convenção n. 182, sobre piores formas de trabalho infantil. Disponível em: [http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS\\_236696/lang-pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS_236696/lang-pt/index.htm). Acesso em 08/03/2019.

SANTA CATARINA. **Diagnóstico do trabalho infantil de Santa Catarina: fundamentos e diretrizes para a formulação de um Plano Estadual de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil**. Florianópolis: SST/SC, 2017.



SOUZA, Ismael Francisco de. **O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI):** estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. **Trabalho infantil doméstico no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.



**UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA**

**PAINEL: RELAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS - DIMENSÕES POLÍTICAS E JURÍDICAS**

**O DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA: A OMISSÃO ESTATAL E FAMILIAR NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL.**

*Ismael Francisco de Souza<sup>1</sup>*

Para compreensão do processo de reconhecimento do direito à convivência familiar e comunitária, é necessário observar a cultura da institucionalização, descrever sobre as concepções e os mitos criados em torno da família brasileira, bem como de algumas distorções existentes quanto às instituições/acolhimento, percorrendo os aspectos do modelo assistencialista adotado historicamente.

A cultura da institucionalização, profundamente arraigada nos modelos de assistencial menorista, foi provocada pela antiga prática de recolher crianças em asilos. A prática tornou-se recorrente no século XIX, e no século XX surgiram inúmeras instituições para os chamados “menores, desvalidos, abandonados”, ou para aqueles que estivessem, de alguma forma, “ameaçando a ordem pública”.

Importante considerar que “[numa] sociedade marcada pela indiferença à criança empobrecida, a proposta de institucionalização, transfigurada na virtude da caridade e do assistencialismo, foi bem recebida”. (CUSTODIO; VERONESE, 2007, p. 30). Persistiu, portanto, um modelo assistencialista que historicamente marcou o atendimento a essa população, mantendo-a na pobreza e sujeita a políticas clientelistas.

As distorções criadas em torno da família brasileira, a culpabilização da família, também contribuíram com as práticas de institucionalização de crianças e adolescentes no país. Nesse sentido:

A culpabilização da família pelo “estado de abandono do menor” não foi uma criação da Política Nacional de Bem-Estar do Menor, engendrada nos primeiros anos da FUNABEM. As representações

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina, Graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Líder do Núcleo de pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas – UNESC. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Email: ismael@unesc.net



negativas sobre as famílias cujos filhos formavam a clientela da assistência social nasceram junto com a construção da assistência à infância no Brasil. A idéia de proteção à infância era antes de tudo proteção contra a família. Foi sobretudo, a partir da constituição de um aparato oficial de proteção e assistência à infância no Brasil, na década de 1920, que as famílias das classes populares se tornaram alvo de estudos e formulação de teorias a respeito da incapacidade de seus membros em educar e disciplinar os filhos. (RIZZINI; RIZZINI, 2004, p. 39).

Entendia-se por proteger a criança, portanto, protegê-la contra a própria família, devido o mito da “desorganização familiar” presente na época. Ademais, observa-se que o mito foi reproduzido, persistindo nos dias atuais. Numa palavra, pode-se dizer que são atribuídas à família determinadas responsabilidades que são do Estado.

Compreender os contornos de processos de destituição do poder familiar, de ações judiciais de adoção e os procedimentos para colocação em família substituta são aspectos necessários, retratando-se as trajetórias percorridas pela criança e o adolescente e os aspectos motivadores do descarte, muito vezes automático e inconsciente, das demais possibilidades de convivência familiar e comunitária.

Acredita-se que os principais fatores associados ao prolongado tempo de acolhimento institucional para a criança e o adolescente são traduzidos na violação do direito à convivência familiar e comunitária, sobretudo para crianças e adolescentes que fogem ao perfil fenotípico mais aceito por pretendentes habilitados à adoção. Nesse sentido, são exatamente as adoções que não acontecem, ou, as crianças e adolescentes que dela não se beneficiam, que mais interessam a este estudo. É sobre o processo de exclusão social desses sujeitos que se deseja debruçar. Assim, para além dos determinantes e desdobramentos próprios da colocação de crianças e adolescentes em família substituta através da adoção, busca-se refletir sobre as dificuldades de se garantir o direito à convivência familiar e comunitária às crianças e adolescentes que não possuem as características desejadas pelos postulantes à adoção.

Assim este artigo, propõe compreender como o Brasil tem conferido o direito a convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes, tendo por pressuposto a teoria da proteção integral, considerando os indicadores do cadastro Nacional de Adoção?

Apresenta-se aqui alguns indicadores iniciais, que demonstram o deficit estatal na garantia destes direitos. Segundo dados do Cadastro Nacional de Adoção, há um total de 40.628 (quarenta mil seiscentos e vinte e oito) pretendentes habilitados, aguardando para adotar e, paradoxalmente, aguardando para serem adotados, 4.948 (quatro mil novecentos e quarenta e oito) crianças e adolescentes. Assim, não se pode afirmar a existência de um longo tempo de espera para adoção e relacioná-



lo à ausência de crianças disponíveis ou à morosidade dos procedimentos judiciais, pois os números revelam que crianças aptas à adoção existem e, mais do que isso, esperam para ter o seu direito à convivência familiar e comunitária assegurado. O que de fato não existe, ou existe em menor número, são as crianças idealizadas por boa parte dos pretendentes habilitados.

O interesse em crianças ou adolescentes branca, 92,15%, corresponde a um total de 37.438 pretendentes, ao passo em que os interessados em crianças ou adolescentes pardos cai para 80,43%, número equivalente a 32.678 habilitados, e diminui ainda mais quando observa-se a aceitação para crianças e adolescentes negros, correspondendo a 52,63% do total de inscritos, o mesmo que 21.382 pretendentes disponíveis.

Outro determinante do número expressivo de crianças e adolescentes que não conseguem acessar a convivência familiar e comunitária, quando esse direito está condicionado à medida de adoção, é o fator idade. Os dados acessados apontam que as buscas por crianças em idade de 0 a 5 anos são feitas por 78,32% do total de habilitados à adoção. Apenas 14,95% aceitam crianças com idade entre de 06 e 07 anos, 5,55% aceitam crianças com idades entre 08 e 11 anos e a partir de 12 anos a chance para os adolescentes diminuem drasticamente, pois a procura é de apenas 1,18%.

Destaca-se que quase 90% das crianças institucionalizadas e disponíveis à adoção no Brasil, como indicam os relatórios do Cadastro Nacional de Adoção, possuem 8 anos ou mais e no outro extremo apenas 6% dos pretendentes habilitados estão dispostos a adotar crianças nessa idade (somando-se todos os percentuais de interessados em crianças e adolescentes nas faixas de idade com 8 anos ou mais), por consequência, não há expectativa de colocação em família substituta para a imensa maioria das crianças nessa idade. Verifica-se que conforme a idade da criança aumenta, as chances de ocorrer uma adoção diminui, chegando a ser inferior a 1% para crianças de 11 anos e adolescentes.

Não fossem esses dados suficientes para dificultar a garantia da convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes em serviços de acolhimento, estão presentes ainda outros componentes que contribuirão de modo significativo para a permanente violação dos direitos fundamentais, como: a existência de irmãos para serem adotados conjuntamente e eventuais doenças/problemas de saúde que as crianças e adolescentes acolhidos possuam.

Assim, a lógica da atual tendência de atendimento a necessidades de crianças e adolescentes com direitos violados tem sido de retirada da família e afastamento da comunidade à qual pertencem para colocação em família substituta. Muitos acreditam que por meio desta prática, se está garantindo o direito à convivência familiar e comunitária. Não é o que os dados do Cadastro Nacional de Adoção têm



apresentado. A reflexão que se buscou construir, lançando dados estatísticos, está justamente alicerçada na elucidação deste fenômeno contraditório, que rompe com a família e a comunidade com o pretexto de garantir o direito à convivência familiar e comunitária.

## Referências

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Relatórios Estatísticos do Cadastro Nacional de Adoção**. [201-]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em: 20 fev. 2019

CUSTÓDIO; André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multidéia, 2009.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004

SOUZA, Ismael Francisco de. **O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, 2016.





