

**Directores**

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

---

Los desafíos jurídicos a la gobernanza global:  
una perspectiva para los próximos siglos

---

Brasília  
Advocacia-Geral da União  
2017

# Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -  
CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br  
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2017

## **ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO**

Ministra-Chefe da Advocacia-Geral da União Grace Maria Fernandes Mendonça

## **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO**

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

## **DIREÇÃO GERAL DA AGU**

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador do Banco Central
Maria Aparecida Araújo de Siqueira	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

## **ESCOLA DA AGU**

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva	Diretora
Paulo Fernando Soares Pereira	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

## **Capa: Niuza Lima**

A presente obra é resultado de Acordo de Cooperação Técnica, firmado entre a Advocacia-Geral da União -AGU, através da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal (Brasil) e a Universidade de Santiago de Compostela – USC, através do Colégio Mayor zFonseca (Espanha), publicado no Diário Oficial da União, com vigência até 26/06/2019, nos termos dos autos do processo sob a NUP nº 00590.000370/2017-09.

Los Desafíos Jurídicos a La Gobernança Global: una perspectiva para los próximos siglos— 1º ed. — Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017.

ISBN -L 978-85-63257-17-8; ISBN 978-85-63257-16-1

Livro eletrônico

Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/publicacao>>

# ÍNDICE

La nueva división de poderes frente a la judicialización de la política en el área de la salud: el control judicial de las políticas públicas de la salud en el universo de la discrecionalidad del poder ejecutivo Vânia Siciliano Aieta & Rubén Miranda Gonçalves .....	9
Paraísos fiscais e troca de informação em matéria fiscal – questões levantadas e principais destaques Patrícia Anjos Azevedo .....	35
Cidades do medo: como a geografia da criminalidade e do medo se apresentam na cidade de Vitória da Conquista-BA Claudio Oliveira Carvalho & Lucas Meira dos Santos .....	45
A personalização da comunicação comercial e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – perspectivas futuras Ana Clara Azevedo de Amorim .....	57
Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico Sidney Guerra & Thiago Oliveira Moreira .....	67
Retos de los Derechos Humanos en la postmodernidad – razones de la infertilidad humana y las nuevas técnicas de reproducción humana asistida João Proença Xavier .....	77
El comportamiento de los <i>stakeholders</i> como parámetro de control jurídico sobre los riesgos nanotecnológicos Daniela Pellin, Wilson Engelman & Fábio da Silva Veiga .....	93
Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul (IPPDH): reflexos da mundialização no Estado a partir do contexto regional Milton Guilherme de Almeida Pfitscher Pfitscher Valéria Ribas do Nascimento .....	103
Tomada de decisão apoiada: Instrumento protetivo-emancipatório de Direitos Humanos da pessoa com deficiência Margareth Vetus Zaganell & Larissa de Pizzol Vicente .....	131
A eficácia da utilização das TIC na tomada de deliberações dos sócios, à luz do direito português – gênese, objetivos e análise crítica Marisa Dinis .....	147

A Mulher da Rua: análise de uma decisão judicial brasileira Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann Natália de Souza e Mello Araújo .....	157
Advocacia de Estado como garantia no Combate à Corrupção: A nova experiência da Procuradoria-Geral Federal. Bruno Félix de Almeida .....	183
Cisuras criminológico-feministas Fernanda Martins & Augusto Jobim do Amaral .....	195
O direito de acesso à informação como um direito humano fundamental Andressa Cattafesta de Oliveira & Margareth Vetis Zaganelli .....	205
A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União como mecanismo auxiliar no controle preventivo de constitucionalidade de leis veiculadoras de políticas públicas no Brasil Lilian Barros de Oliveira Almeida.....	227
O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo e seus Limites Isa António .....	249
Intercambio de información fiscal y jurisdicciones <i>offshore</i> Gilberto Atencio Valladares .....	271
“El Reto de los Derechos Humanos en la Postmodernidad” Antonio Sorela Castillo .....	285
Reflexões iniciais sobre a proteção das Florestas enquanto Patrimônio da humanidade e as mudanças no clima Pedro Curvello Saavedra Avzaradel.....	307
Presunção de Inocência: princípio ou regra? Uma análise da estrutura da norma com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro Juliana Sahione Mayrink Neiva .....	317
A reforma legislativa da contratação pública brasileira, a globalização e o papel da advocacia pública na efetivação dos direitos fundamentais Rafael Sérgio Lima de Oliveira & Danila Alves dos Santos .....	339
A ponderação genérica como instrumento de interferência judicial nas políticas públicas no Brasil: um estudo a partir do fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA Bruno Sacramento .....	361

O poder normativo das agências reguladoras e o princípio da legalidade: uma análise sobre o Estado Regulador no direito brasileiro Edson Moura Santos .....	387
La construcción de la identidad cultural desde una perspectiva de la educación multicultural Antonio Tirso Ester Sánchez .....	411
La globalización ante el fenómeno de la trata de seres humanos Emilia M. <sup>a</sup> Santana Ramos.....	423
Los flujos migratorios en la trata de seres humanos Candelaria del Pino .....	447
Los derechos humanos en la esfera de la globalización Hortensia Rodríguez .....	469
Challenges of the alignment of Brazil to Council of Europe (CoE) Santiago de Compostela´ Convention on Trafficking in Human Organs, under a Comparative Public Law perspective (Brazil-EU) and related borderline questions Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Fernando Gonzalez Botija & Pedro Díaz Peralta .....	491

# COMITÉ CIENTÍFICO

**André Lamas Leite**

*(Universidade do Porto)*

**Antonio Carlos Pereira Menaut**

*(Universidad de Santiago de Compostela)*

**António Gaio Junior**

*(Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro)*

**Antonio Tirso Ester Sánchez**

*(Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*

**Armando Luiz Rovai**

*(PUC-SP/Mackenzie)*

**Catarina Santos Botelho**

*(Universidade Católica Portuguesa, Portugal)*

**Daniela Serra Castilhos**

*(Universidade Portucalense)*

**Emilia Santana Ramos**

*(Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*

**Enoque Feitosa Sobreira Filho**

*(Universidade Federal da Paraíba)*

**Érica Guerra da Silva**

*(Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro)*

**Fábio da Silva Veiga**

*(Universidade de Vigo)*

**Gabriel Martín Rodríguez**

*(Universidad Europea de Madrid)*

**Gilberto Atencio Valladares**

*(Universidad de Salamanca)*

**Gonzalo Martínez Etxeberria**

*(Universidad de Deusto)*

**Heron Gordilho**

*(Universidade Federal da Bahia)*

**Irene Patrícia Nohara**

*(Universidade Presbiteriana Mackenzie)*

**Irene Portela**

*(IPCA)*

**Jaime Aneiros Pereira**

*(Universidad de Vigo)*

**Joaquim Freitas da Rocha**

*(Universidade do Minho)*

**Jose Gabriel Assis de Almeida**

*(UNIRIO, Brasil)*

**Julio Álvarez Rubio**

*(Universidad de Cantabria)*

**Lorena Freitas**

*(Universidade Federal da Paraíba)*

**Lorenzo Mateo Bujosa**

*(Universidad de Salamanca)*

**Lucas Gonçalves da Silva**

*(Universidade Federal de Sergipe, Brasil)*

**Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**

*(Universidade Federal de Sergipe, Brasil)*

**Luísa Neto**

*(Universidade do Porto)*

**Marco Aurélio Gumieri Valério**

*(Universidade de São Paulo)*

**Marcos Augusto Perez**

*(Universidade de São Paulo)*

**Margareth Vetis Zaganelli**

*(Universidade Federal do Espírito Santo)*

**Maria Cruz Barreiro Carril**

*(Universidad de Vigo)*

**Maria Manuela Magalhães**

*(Universidade Portucalense)*

**Maria Pilar Canedo**

*(Universidad de Deusto)*

**Pablo Fernández Carballo-Calero**

*(Universidad de Vigo)*

**Ricardo Gavilán**

*(Universidad Nacional de Asunción)*

**Rubén Miranda Gonçalves**

*(Universidad de Santiago de Compostela)*

**Salvador Tomás Tomás**

*(Universidad de Murcia)*

**Sebastián Kiwonghi Bizawu**

*(Escola de Direito Dom Helder)*

**Viviane Côelho de Séllos Knoerr**

*(Unicuritiba)*

**Zélia Luiza Pierdoná**

*(Universidade Presbiteriana Mackenzie)*



---

**LA NUEVA DIVISIÓN DE PODERES FRENTE A LA  
JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN EL ÁREA DE LA SALUD: EL  
CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA SALUD EN  
EL UNIVERSO DE LA DISCRECIONALIDAD DEL PODER EJECUTIVO**

---

**VÂNIA SICILIANO AIETA<sup>1</sup>**

**RUBÉN MIRANDA GONÇALVES<sup>2</sup>**

*Universidade Estadual do Rio de Janeiro*

*Universidade de Santiago de Compostela*

**SUMARIO:** Introducción. I. La concreción de las políticas públicas y la participación popular. II. Políticas públicas, participación popular y transparencia. III. El control de la administración pública. IV. El Principio de la separación de los Poderes y la llegada del control judicial de las políticas públicas. V. Control Judicial de las Políticas Públicas. VI. Límites a la actuación del Poder judicial en el control de las políticas públicas. VII. Los costos del Derecho. Conclusión. Bibliografía consultada.

---

<sup>1</sup> Profesora del Programa de Postgrado en Derecho – UERJ – PhD en Derecho Constitucional – PUC-SP. [vaniaaieta@yahoo.it](mailto:vaniaaieta@yahoo.it)

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Administrativo en el Máster de Abogacía de la Universidad Europea de Madrid; profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales de la Universidad de Compostela, Doctorando en Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela. [ruben.miranda@usc.es](mailto:ruben.miranda@usc.es)

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo realizar un estudio sobre las dificultades de la efectividad del derecho fundamental a la salud, dado el problema de la escasez de las fuentes de costeo para la demanda habitualmente presentada por la sociedad. Analizaremos el aumento paulatino y significativo del control judicial de las políticas públicas de la salud en el universo de la discrecionalidad del poder ejecutivo. En la búsqueda de criterios para la solución del problema, buscaremos alternativas institucionales para que podamos alcanzar una disminución de la judicialización a través de un diálogo político efectivo con la sociedad. El eje central del estudio busca demostrar que algunas decisiones judiciales exorbitantes colocan en riesgo la propia viabilidad del sistema y presentaremos medidas de fomento de la democracia participativa<sup>3</sup> para la efectividad de esos derechos con la meta de que el diálogo entre los órganos y entidades gubernamentales, Defensoría Pública, Ministerio Público hagan que las deliberaciones emanadas de esos órganos vengán sean realmente concretadas, así como que las mismas representen legítimamente los anhelos de la población.

### I- La concreción de las políticas públicas y la participación popular

La regla en las administraciones de los países ricos es la actuación estatal bajo una visión predominantemente económica, con la reducción de los gastos financieros, incluso frente a un indiscutible crecimiento de las demandas sociales. La actuación del Estado existirá solo dentro de lo posible económicamente y el mercado suele ser el agente regulador natural de las relaciones sociales.

Sin embargo, el escenario de crisis y el empeoramiento de la problemática social fueron ocasionando una mayor exigencia por parte de la sociedad en búsqueda de garantía y de implementación de los derechos sociales, ampliación de empleos y mejor distribución de renta.

---

<sup>3</sup> Puede consultarse más al respecto en MIRANDA GONÇALVES, R. "Novas alternativas ao exercício da democracia tradicional: a democracia participativa", *Revista Jurídica UNICURITIBA*, vol. 03, núm. 44, 2016, pp. 426-437. DOI: <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.4610839.v1>

Es en ese contexto cuando surge la expectativa de concreción de las políticas públicas, exactamente para suplir la necesidad de acciones más fuertes del poder público, con la función de coordinar y orientar acciones económicas y sociales, que transformen la realidad del país.

En Brasil, el abordaje de las políticas públicas en el Derecho ganó importancia a partir dos años 90 cuando, después de la conquista de la democracia política, empezaron a ser exigidas más demandas económicas y sociales. No es suficiente elegir a sus representantes, sino que, principalmente también, decidir la forma como son realizados los objetivos elegidos.

Los derechos sociales solamente serían efectivos por medio de políticas eficaces elaboradas por el Estado<sup>4</sup> en colaboración con la sociedad civil organizada.

Las políticas públicas reflejan una planificación estatal en la búsqueda de realizar los objetivos del plan gubernamental, alcanzando los anhelos de los miembros de la sociedad contemporánea, o sea, ordenando el presente para alcanzar el futuro deseado<sup>5</sup>, siendo importante que observemos que la planificación es un proceso de naturaleza política, a pesar de su contenido técnico, envolviendo negociación entre organismos federados (de gobierno) y actores sociales, comprometidos con un objetivo político<sup>6</sup>.

El concepto principal desarrollado es el de acción gubernamental, que debe mostrar racionalidad en la acción, con coherencia y efectividad, llegando a metas y objetivos, y dando impulso a la política concebida a través de reglas y procedimientos jurídicos. La Coordinación es también elemento del concepto, significando una acción gubernamental articulada entre diversos poderes, esferas de la federación y órganos, resaltando además, el programa, o sea, el contenido de la acción gubernamental, como

<sup>4</sup> DEL MASSO, Fabiano, MIRANDA GONÇALVES, Rubén y ZEFERINO FERREIRA, Rui Miguel, "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015, pp. 306 y ss.

<sup>5</sup> ARZABE, Patrícia Helena Massa. Dimensão política das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53.

<sup>6</sup> BERCOVICI, Gustavo. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 147.

elemento de la política pública.

La gran discusión de la actualidad es la capacidad estatal en la gestión de esas políticas públicas, en el sentido de hacerlas capaces de lograr sus objetivos, destacando aquí que cabe a los gobiernos una tarea extremadamente amplia de guiar y ejecutar la administración pública, en actuaciones con gran nivel de exigencia.

La realidad social de los estados en desarrollo exige prácticas políticas y jurídicas de participación, generando inclusión y desarrollo social. Dentro de un contexto de crisis, de ausencia de confianza en el Estado, más allá del problema de la corrupción, debemos pensar en una forma eficaz para el alcance de la finalidad de las políticas públicas.

La actuación de las políticas públicas depende no solo de la previsión legal y voluntad del Estado, sino que principalmente del conocimiento específico, actualizado y profundo del área que es objeto de ellas mismas, incluyendo poderes, agentes públicos y la sociedad, para que esas necesidades sociales sean aclaradas.

Innovaciones que resulten en mejorías, agregados a una legitimación social, son condiciones para la eficacia de las políticas públicas. La administración pública necesita estar conectada a las nuevas formas de comunicación con la sociedad, siendo imprescindible no solo el uso, sino que la masificación de las tecnologías de información y comunicación.

Nuevas tecnologías, masificación de la comunicación, además de datos estadísticos de la gestión de las políticas, implican en una mayor transparencia, lo que es una exigencia y condición indispensable para esta nueva forma de gobernar que está siendo exigida.

Sin embargo, es necesario mucho más que eso; además de la modernización del servicio público, es imprescindible el dominio técnico del funcionamiento de la máquina pública, en todas sus etapas, desde la concepción política hasta la ejecución de las decisiones y los gastos provenientes de ellas. Es necesario un “instrumental analítico que ayude en la identificación y en la sistematización de condiciones, reglas e instituciones jurídicas necesarias en un Estado en desarrollo, para formular y ejecutar

políticas públicas, creando canales y procesos de organización de fuerzas de la sociedad”<sup>7</sup>.

Por lo tanto, la calidad del proceso administrativo, con informaciones técnicas precisas, servidores públicos capacitados, son requerimientos para la efectividad de una política pública, que incluye un proceso de coordinación entre los programas y acciones complejas del gobierno<sup>8</sup>.

## **II. Políticas públicas, participación popular y transparencia**

Además de la capacitación de los servidores públicos, es medida esencial en la búsqueda de la calidad de la actuación del estado la implantación de medidas de control de eficacia por medio de análisis de los resultados de los servicios ofrecidos, escuchando la opinión de los ciudadanos. Escuchar al ciudadano, no solo después de la realización de la política pública, sino que también antes, en el momento de su definición, y constantemente, es importante para que el administrador pueda saber el real alcance de su acción.

Determinado servicio público puede ser positivo en un determinado momento, pero tal vez innecesario en un segundo momento, pudiendo ser reemplazado por otra acción más oportuna, siendo concreto que el administrador no tiene como tener ese conocimiento, sino tiene medios de diálogo con la comunidad.

La presencia de lo contradictorio, estableciendo el conflicto entre intereses y opiniones opuestas, es esencial para la eficacia de una política pública, exigiéndose, sin embargo, formas de coordinación y mediación, para que sea obtenido no solo el mejor resultado desde el punto de vista del interés público, sino que también se minimice la frustración de los que no tuvieron sus deseos atendidos<sup>8</sup>.

Lo que constatamos es, en verdad, una completa exclusión de la participación directa de los ciudadanos dentro del contexto de las políticas públicas de nuestro país. Aproximar la administración pública del ciudadano

<sup>7</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: 2013. Saraiva, p, 35.

es imprescindible no solo en la fiscalización de la calidad de los servicios públicos, sino que también como elemento de una propia concientización política de la población, que, al estar activa y presente, estimulará a más participación social, e influenciará, en consecuencia, en las decisiones que deben ser tomadas.

Establecer diálogos, oír divergencias de los segmentos sociales y crear nuevos medios para que sea escuchada la opinión de los sectores de la sociedad, con nuevas alternativas de participación son requisitos, no solo para el éxito de una política, sino que para la propia democracia en su concepción contemporánea; se trata de una renovación de la legitimización electoralmente obtenida.

Decisiones unilaterales imperativas, imposición de obligaciones y sanciones en caso de desobediencia, reflejan un modelo tradicional de ineficacia de administración, donde no se estimula la participación de los actores sociales involucrados. Un modelo destinado al fracaso.

La efectividad de las políticas públicas<sup>8</sup> requiere una participación de la sociedad, a través de organizaciones sociales, de los consejos con participación popular y de experiencias como el presupuesto participativo, que serán abordados en ítem específico de este estudio.

Es importante también pensar en alteración en las formas existentes de participación, con aumento de las hipótesis de audiencias públicas, siempre y cuando modificadas sus formas de convocación, así como siendo también determinado el carácter vinculante de sus decisiones. En este mismo sentido, es importante hacer obligatoria la apreciación, por parte del Parlamento, de los proyectos de ley de iniciativa popular<sup>9</sup> que allá ya están presentados.

8. BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 222-223.

8. Puede consultarse más al respecto en, DAMEA, Andrea M<sup>a</sup> MARTÍNEZ “La relación entre la burocracia y las políticas públicas”, *Cadernos de Dereito Actual*, N<sup>o</sup>. 2, 2014, pp. 85-98.

9. Puede consultarse más al respecto en GONÇALVES, Rubén Miranda “La iniciativa legislativa popular como mecanismo de democracia participativa: especial referencia a la Comunidad Autónoma de Galicia”, *Administración Pública, Juventud y Democracia Participativa*, Coord. Rubén Miranda Gonçalves, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2016, pp. 153-164.

La ampliación de los mecanismos de participación de usuarios en la gestión de las empresas públicas, así como la existencia de un poder judicial activo, realizando un riguroso control judicial, es esencial para la implantación correcta de las políticas públicas.

Estos no deben tener como objetivo solamente el control de la legalidad, sino que también la propia sustancia de las políticas, siendo evidente, sin embargo, que se hace necesario un cambio de mentalidad de los actuales administradores públicos, así como también un cambio en la relación de los mismos con los ciudadanos, habiendo que ser estimulada la práctica de valores modernos de ciudadanía, como transparencia y participación, lo que, entretanto, no es la práctica actual<sup>10</sup>.

La transformación social no vendrá con la acción aislada del estado, sino que también, y principalmente, por medio de los socios relacionados anteriormente, mostrando las necesidades sociales, y proponiendo posturas y alternativas para su consecución, a través de la correcta orientación de los recursos. Dígase también que estos cambios no vendrán de forma rápida y transformadora, sino más bien de forma gradual, dentro de un proceso de articulación y participación de todos los agentes.

### III- El control de la administración pública

El aumento de la pobreza y el escenario de crisis han venido determinando un nuevo ataque en el ámbito del control de las políticas públicas. Vivimos en un momento donde las decisiones políticas importantes y la vida, y voluntad, de los ciudadanos están completamente desasociadas.

Mala utilización de recursos públicos, corrupción, entre otros factores, van destruyendo la legitimidad de la administración pública, y creando lo que Gordillo<sup>11</sup> llama de sistema paralelo de normas de conducta, en el cual los ciudadanos pasan a violar el sistema normalmente.

El derecho positivo estatal es ineficaz y no llega más al universo

<sup>10</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: 2013. Saraiva, p, 138.

<sup>11</sup> BOSCO, Maria Goretti. **Discrecionalidade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade**. Curitiba. Juruá. 2008, p. 245.

complejo y dinámico de las actuales sociedades de masa, que pasan por nuevas formas de producción de capital, por profundas contradicciones sociales y por inestabilidades que reflejan crisis de legitimidad y crisis en la producción y aplicación de la justicia.

Las sociedades contemporáneas no consiguen responder satisfactoriamente al conjunto cada vez más complejo de demandas provenientes o constituidas en el medio social, en virtud de la imposibilidad de generar un conjunto unitario de respuestas dotadas de racionalidad y coherencia<sup>12</sup>.

El poder judicial y el Estado, que solamente actúan con base en inúmeros textos normativos y que se utiliza de una tela burocrática enorme, son incapaces de dar respuesta a los anhelos contemporáneos, que por su vez, impone un Estado ágil y capaz de responder, por medio de políticas públicas efectivas, a las necesidades de sus miembros.

Boaventura de Souza Santos<sup>13</sup>, al abordar el tema, destaca la urgencia como característica de esta nueva generación de derechos fundamentales<sup>14</sup>, “esto implica, entre otras cosas, nuevas generaciones de derechos fundamentales: el derecho a la tierra como condición de vida digna, y por lo tanto, un derecho mucho más amplio que el derecho a la reforma agraria, el derecho al agua, los derechos de la naturaleza, el derecho a la soberanía alimenticia, el derecho a la diversidad cultural, el derecho a la salud colectiva. En conjunto, estos derechos configuran un cambio civilizatorio que está en curso y que seguramente no terminará próximamente. Lo que sí es verdaderamente nuevo en esta lucha es el cambio civilizatorio, que normalmente invoca a temporalidades de larga duración, y que tiene que ser asumida con un sentido de urgencia, que apunta a tiempos cortos”

Se hacen imprescindibles nuevas formas de control de la administración pública, que sea capaz de rescatar la legitimidad, en conjunto con la

<sup>12</sup> GORDILLO, Augustin. **La administración paralela: el parasistema jurídico-administrativo**. Madri: civitas, 1982, p. 83.

<sup>13</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAÚÍ, Marilena. **Direitos humanos, Democracia e desenvolvimento**. São Paulo, Cortez Editora, 2014, p.122.

<sup>14</sup> Puede consultarse al respecto GONÇALVES, Rubén Miranda “La relación entre Derecho Administrativo y Derechos Fundamentales”, *Dimensões dos Direitos Humanos*, Dir. Fábio da Silva Veiga, Coord. Rubén Miranda Gonçalves, Universidade Portucalense, Porto, pp. 129-138.



efectividad de los derechos fundamentales. La forma de cómo establecer consensos normativos, en una sociedad conflictiva y en cambio, es el desafío de la actualidad. Este tiene que ser entendido como algo en proceso de transformación constante, sensible a nuevas demandas y actores.

#### **IV. El Principio de la separación de los Poderes y la llegada del control judicial de las políticas públicas**

El Estado Social, que apareció con la crisis de la modernidad, alteró profundamente el concepto de Estado, sus objetivos y funciones, pasando a actuar en función del logro de metas que beneficien toda la colectividad.

El avance de la industria, al mismo tiempo que consolidó a grandes grupos económicos, implicó en el aumento de la pobreza y de la miseria y también en la necesidad de repensarse los valores deseados por la sociedad para el papel del Estado, cambiándose la idea anteriormente concebida de la teoría de separación de poderes.

En verdad, se exige la garantía de nuevos derechos indispensables para la vida, entre ellos salud, educación, trabajo, vivienda, teniendo a la búsqueda por la igualdad como un principio de base.

El equilibrio del Estado Liberal es modificado cuando frente a una actuación estatal fuerte, donde los objetivos del Estado también son alterados, siendo<sup>15</sup> “añadido el objetivo de realización de los derechos fundamentales de segunda y otras generaciones, con la meta de garantizar la igualdad sustancial entre los individuos. De una conducta puramente negativa, pasiva, el Estado asume también, una conducta proactiva”.

La transición del Estado Liberal para el Estado Social coincide con el inicio de la ampliación de las funciones del Poder Judicial, siendo éste responsable por el análisis, bajo la óptica del Derecho, de cuestiones políticas, transformándose en un campo propicio al Judicialismo y a una interpretación subjetiva.

El origen del sistema de control de constitucionalidad, que

---

<sup>15</sup> JÚNIOR, Osvaldo Canela. Controle Judicial de política públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

modificó por completo la idea del Poder judicial como simple aplicador de la ley concebida por Montesquieu, proviene del caso *Marbury vs Madison*, en el cual se firmó el entendimiento de que la Suprema Corte de Estados Unidos es el árbitro final de las cuestiones constitucionales, reservando a ella la última palabra de los actos practicados por los otros poderes, y siendo el comienzo del control de constitucionalidad sobre actos que violen la Constitución.

Cappelletti<sup>16</sup> destaca que el Estado Social, las Constituciones Programáticas y la intensa producción legislativa permitieron una absorción de funciones en la acción del Poder Judicial, siendo que el fenómeno de la judicialización refleja una nueva configuración de la jurisdicción, tanto en los países del *Common Law*, como en los países de *Civil Law*, aproximando los dos sistemas. Así también aborda la teoría de la separación de los poderes de forma diferente de la idealizada, afirmando que no existe más la rigidez en las funciones anteriormente especificadas, y sí una íntima cooperación.

El debate sobre el control de las cuestiones políticas y el crecimiento del papel del Poder Judicial es, todavía, bien actual.

Observemos aún que las sociedades contemporáneas se caracterizan por tener organización económica de proporciones de masa, con situaciones en que un acto individual genera consecuencias colectivas. No hay más espacio para el tradicional abordaje del Poder judicial que soluciona solamente luchas individuales. El Juez moderno toma decisiones que alcanzan a gran parte de la comunidad, y muchas veces, crean normas para toda la sociedad<sup>17</sup>.

El Poder Judicial tiene, en este contexto, la misión de subsidiar a los demás poderes en la implementación de las políticas públicas. Autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy abordan los límites de la intervención judicial en el Estado Democrático de Derecho.

---

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993/Reimpressão, 1999, p.40.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 57.

Ronald Dworkin<sup>18</sup> hace una distinción entre las concepciones mayoritaria y constitucional de la democracia, siendo que en la primera el activismo como posición minoritaria es renegado a partir de la lectura moral de la Constitución, mientras que en la segunda concepción, los Jueces estarían autorizados a limitar la voluntad de las mayorías parlamentares, siempre que el proceso legislativo deje de tratar al ciudadano con igual respeto y consideración.

Para las soluciones de los conflictos jurídicos, Dworkin<sup>19</sup> afirma que existen dos principios: el legislativo y el jurisdiccional. El primero exige de los legisladores una coherencia moral, así como también ésta es exigida en el segundo para que las normas sean encaradas de forma coherente y uniforme.

El juez constitucional puede, por lo tanto, actuar encima de la voluntad de las mayorías a partir de la lectura de una moralidad superior, basadas en principios, y no en razones puramente políticas. Los Jueces tendrían más legitimidad para actuar, en virtud de su capacidad de deducir principios morales a partir de la propia Constitución. Las Cuestiones de principios no están sujetas a la vinculación con los representantes elegidos, cabiendo, por lo tanto, la intervención judicial.<sup>20</sup>

En artículo publicado en Brasil, Dworkin<sup>21</sup> defendió el control judicial sobre los actos del legislativo, afirmando “de este modo, no es antidemocrático, sino que parte de un arreglo estratégicamente inteligente para garantizar la democracia, establecer un control judicial sobre lo que el Legislativo mayoritariamente decide, garantizando que los derechos individuales, que son prerequisites de la propia legitimidad del mismo, no sean violados”.

El modelo clásico descrito por Dworkin, que prevé funciones diversas y especializadas dentro del estado, concibiendo soluciones judiciales que sean justificadas por el modelo político fundado en la igualdad, no resuelve los problemas de la postmodernidad en la medida que, hoy, frente

18 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.19.

19 *Idem, ibidem*, p.213.

20 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2011, p 76.

21 DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. O Estado de São Paulo, Espaço aberto, 26 abril de 1997.

a la complejidad de la actuación estatal, innúmeras cuestiones de naturaleza política son discutidas en el ámbito del Poder Judicial<sup>22</sup>.

Al abordar el tema de la extensión de la actuación del Poder Judicial, se hace necesario abordar los estudios de Robert Alexy sobre esta materia. El modelo de Derecho concebido por Alexy se funda en tres niveles: reglas, principios y procedimientos.

En la hipótesis de choque de principios, Alexy<sup>23</sup> aclara el procedimiento de actuación del Derecho, “cuando dos principios entran en colisión – es el caso cuando según un principio está prohibido y según un segundo otro principio está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder al otro. Pero esto no significa declarar inválido el principio apartado, ni que el principio apartado tenga que introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede el otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de precedencia puede ser solucionada de otra manera. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prevalece el principio de mayor peso”.

La justicia puede representar la última puerta para el cumplimiento de los derechos fundamentales, destacando la importancia de la comprensión del tribunal constitucional como resultado de la interpretación de que “todo poder estatal se origina en el pueblo”. Alexy sostiene aun, que el Poder Judicial tendría un papel más idealista que el legislativo, porque está más protegido de los riesgos de una imposición inadecuada de la mayoría. El parlamento “representa al ciudadano políticamente, el tribunal constitucional, argumentativamente”<sup>24</sup>.

Por lo tanto, el procedimiento adoptado por Alexy, de combinación de reglas y principios, y de sus soluciones presentadas para la resolución de los conflictos, se presenta como más viable para atender a las complejidades de la

<sup>22</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba. Juruá, 2012, p.158.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático**. p.66.

posmodernidad, garantizando una mayor flexibilidad en la actuación judicial.

Robert Alexy<sup>25</sup> alerta, sin embargo, sobre la necesidad de aplicación de la ley de acuerdo con la regla de precedencia de los principios, para así evitar la paradoja de que, “ si los derechos fundamentales no pueden ser implementados ante los órganos judiciales, ellos corren el riesgo de transformarse apenas en retórica política; si, por otro lado, esos derechos fueran exigibles en la vía judicial, surge la amenaza de desplazamiento de las decisiones políticas del Legislativo y del Ejecutivo para el Poder Judicial”.

El avance de la prosperidad y tecnología ha implicado en el aumento de la complejidad y un mayor grado de intervención del Estado, ayudando a que haya un cambio en la técnica legislativa, desplazándola, progresivamente, de las reglas de conducta hacia las medidas y acomodaciones institucionales. De esta forma, gradualmente, surge un nuevo modelo de legislación: leyes que indican ciertas finalidades o principios, dejando su regulación a normas subordinadas, a decisiones de ministros o magistrados regionales, o locales<sup>26</sup>.

No se puede también dejar de registrar que la expansión del derecho legislativo es también causa del crecimiento del papel creativo de los jueces<sup>27</sup>, pues las leyes siempre dejan un cierto margen para una interpretación creativa del juez, que se intensifica con la expansión legislativa. Es tratado, por lo tanto, siendo una de las razones del activismo.

La “textura abierta” del lenguaje jurídico mantiene intocables diversos espacios donde es posible caracterizar la acción discrecional del magistrado, atribuyendo a él un gran abanico de posibilidades de interpretación.

Sin embargo, la postura del Poder Judicial significa simplemente el cumplimiento de sus funciones constitucionales, establecidas en la

---

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*, p. 73.

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993/Reimpressão, 1999, p. 41.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993/Reimpressão, 1999, p.18.

institución del Estado <sup>28</sup> “a partir del momento en que el Poder Judicial pasó a ejercer el control de constitucionalidad, se transformó en un órgano eminentemente político, poseedor del poder soberano. Los integrantes del Poder Judicial se convirtieron en titulares del poder del Estado. Los magistrados se hacen, por lo tanto, la personificación del Estado en el ejercicio de su poder”.

Lo que pasa inadvertido en esta discusión sobre el Poder Judicial como un “súper poder”, es que la actuación del Estado es dada de forma única para lograr sus objetivos constitucionales, sea a través del Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial. Por lo tanto, cabe al Estado, en sus diversas formas de expresión, el cumplimiento de sus objetivos establecidos en su Carta Magna, así como asegurar los derechos en ella previstos, interfiriendo, si es necesario, en la actividad de los demás poderes, siempre para verificar su compatibilidad con la Constitución.

Pero destaquemos que corresponde al propio Poder judicial evaluar la supuesta violación al principio de separación de los poderes, dentro del examen de control de constitucionalidad y de la armonía con la Constitución Federal, siendo cierto que él mismo puede actuar de forma que garantice los objetivos constitucionales y los derechos fundamentales en ella asegurados, sin que se configure una quiebra de armonía entre los poderes.

La concepción actual del principio de separación de los poderes debe ser interpretada como algo que garantice el cumplimiento de los derechos fundamentales, proteja el régimen democrático, además de ser una técnica de racionalizar el ejercicio de las funciones públicas<sup>29</sup>.

El Estado Brasileño adoptó un sistema ético de referencia al tornar institucional la protección de los Derechos Humanos, constituyendo como objetivo de Estado la protección de los Derechos Fundamentales que en ella consta. Por lo tanto, es en ese referencial ético que está pauta-

---

<sup>28</sup> JÚNIOR, Osvaldo Canela. **Controle Judicial de política públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

<sup>29</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo. 2013. Saraiva, p. 161.

la conducta del Poder Judicial, y teniendo como foco garantizar los objetivos constitucionales, entre ellos el de la efectividad de los Derechos Fundamentales. La legitimación democrática del Poder Judicial, así como su independencia, está exactamente en el cumplimiento de ese sistema ético de referencia<sup>30</sup>.

Sin embargo, es importante destacar que esa expectativa por parte de la sociedad en esa moderna función del Poder Judicial no puede servir como fundamento para abusos o distorsiones del régimen democrático.

## **V. Control Judicial de las Políticas Públicas**

Como ya destacado anteriormente, a pesar del nivel de exigencia de la sociedad cada vez mayor para una acción estatal eficaz por medio de sus políticas públicas, constatamos que los derechos sociales, como la educación y la salud, carecen de efectucción.

En verdad, lo que presenciamos es la opción, tomada por el gestor público, de garantizar el máximo de recaudación, dejando para un segundo plano la realización de los derechos sociales. Indiscutible es que, en regla, no hay priorización por las inversiones sociales.

Surge así, para el Poder Judicial, la necesidad de una postura activa, para solucionar este problema, principalmente ante la relevancia de los derechos sociales para toda la sociedad.

Es en este contexto que surge una de las más intensas discusiones en el ámbito del derecho constitucional: el control judicial de las políticas públicas y la efectividad de los derechos fundamentales, en conflicto con el principio de separación de poderes.

Para la concreción de los derechos fundamentales, se hace necesaria la intervención del Poder Judicial, para obligar al Estado a cumplir estas determinaciones, como auténticos derechos subjetivos públicos. Son derechos, por tanto, que claman por su efectucción, la acción conjunta de todos los órganos estatales en una nueva visión del principio de Separación de Poderes, que hoy es revisitado delante de la necesidad de especialización

<sup>30</sup> JÚNIOR, Osvaldo Canela. **Controle Judicial de política públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 89-90.

de las funciones estatales<sup>31</sup>.

Indudablemente, el Poder Judicial tiene la misión de subsidiar a los demás poderes en la implementación de las políticas públicas. Se trata de un derecho constante que está en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en 1948, en su artículo X, así ya establecía “todos los hombres tienen el derecho de recibir de los tribunales nacionales competentes remedio eficaz para los actos que violen los derechos fundamentales que sean reconocidos por la Constitución o por la ley”.

Sin embargo, esta acción suplementar del poder Judicial, no sucedería de forma libre e incondicional. Es necesario que haya ocurrido un desvío del natural cauce del interés público en la Administración o en el Poder Legislativo<sup>32</sup>.

Dentro de esta visión, entre las actividades del Poder Judicial está el *control de las políticas públicas*, ya sea en el ámbito normativo o administrativo, permitiendo una amplia discusión en la base de la sociedad sobre las decisiones que interesan a la colectividad,<sup>33</sup> así como también sobre la extensión del control por parte del Judicial.

El Judicial viene asumiendo no un papel sustitutivo del Ejecutivo y del Legislativo, pero sí complementario, cumpliendo su función constitucional de intervención en las políticas públicas, cuando es comprobada la omisión del poder público en actuar de esa forma.

Dígase también que esa actuación y crecimiento del Poder Judicial viene siendo objeto de grandes críticas, muchas de ellas correctas, como bien describe Felipe de Melo Fonte<sup>34</sup>, quien destaca la visión restricta del órgano judicial como elemento perjudicial a su actuación en el ámbito de las políticas públicas, además de destacar el carácter más plural de la política

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 1999, p. 24.

<sup>32</sup> JÚNIOR, Hermes Zaneti. “*A Teoria de Separação de poderes e o estado democrático*”. Coords, GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Forense. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro, 2011, p. 47.

<sup>33</sup> SÁ, José Adonis Callou de Araujo. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 109.

<sup>34</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo. 2013. Saraiva, pp-182-186.



como facilitador en la relación con las demandas de la sociedad, como comprobamos en las siguientes transcripciones: “Su supuesta incapacidad de hacer apreciaciones macro-estructurales, ya que su oficio es lidiar con conflictos intersubjetivos, la llamada micro justicia”... “el proceso judicial es hermético y formalista, siendo cierto que el acceso al Poder Judicial es mucho menos plural que el de la política ordinaria”, y continua, “la administración judicial de las políticas públicas provoca la ampliación del Poder Judicial, causando desvíos de fondos públicos que podrían ser canalizados para la mejora del bien estar de los ciudadanos, si los conflictos fueran resueltos políticamente”.

Estas restricciones no retiran o restringen la legitimación del Poder Judicial, pero alertan sobre la necesidad de su actuación juiciosa, atento a los papeles de los demás poderes, y observando las determinaciones constitucionales.

No es función del órgano judicial crear políticas públicas a través de sus concepciones personales, o incluso alterar su concepción, sino que solamente controlar su ejecución, como subraya Eduardo Appio<sup>35</sup> “la función primera del Poder Judicial consiste en el control de la actividad de los demás Poderes, que se encuentran vinculados a las políticas públicas ya previstas en la Constitución o en la Ley, tanto en relación a su contenido, como en el momento apropiado para su implementación, no teniendo representatividad para elegir, de forma libre, cuales políticas deberán ser aplicadas por los gobiernos elegidos”.

Ahora, si el Ejecutivo se omite en la función del cumplimiento de los derechos fundamentales, cabe al Judicial dar efectividad al mismo, bajo la pena de transformar el comando constitucional parte integrante de un simple y puramente discurso político.

Además, es importante traer aquí la visión del profesor Marcelo Figueiredo sobre el tema. El autor aporta que: “*Puede sonarle un poco exótico a algunos, que el Poder Judicial se ocupe de hacer, en su sentido más estricto, pero que se preordene a ejecutar, siempre que provocado, concretamente acciones y políticas públicas a*

<sup>35</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba. Juruá, 2012, p. 72.

*partir de aquella violación.”*

No está siendo defendida la superioridad de un poder sobre otro, sino que su actuación cuando hay inercia o acción equivocada, desde que debidamente comprobadas dentro de un proceso judicial.

## **VI. Límites a la actuación del Poder judicial en el control de las políticas públicas**

El Poder Judicial ha dejado de ser escenario de disputas apenas individuales, y se ha transformado en un elemento de disciplina de las reglas colectivas y de derechos difusos, surgiendo, por lo tanto, serias preguntas sobre el real alcance de esa actuación, principalmente por el hecho de que no cabe a él el reemplazo de los actos practicados por otros poderes, mucho menos de aquellos que poseen discrecionalidad administrativa para la práctica de sus actos.

El juez, al intervenir, sin justificativa plausible, en el presupuesto público, que está debidamente elaborado por los representantes legítimamente elegidos en una democracia, viola el sistema representativo.

Lo que antes era la solución para el problema, hoy puede convertirse en una distorsión del sistema, teniendo en vista que el Judicial en muchas de sus decisiones, viene gravando excesivamente el poder público proveniente de intereses individuales, provocando pérdidas al interés colectivo y a toda política idealizada por el Estado.

El debate sobre los límites de esa intervención judicial y el papel político del Juez, entra incluso en la discusión sobre la democracia en sí, siendo imprescindible que haya una debida justificación de esa interferencia.

Sin embargo, a pesar de reconocer la posibilidad de control de las políticas públicas por parte del Judicial, la gran discusión sobre el tema se da cuando hablamos de la extensión de tal acción intervencionista, como nos alerta Canotilho<sup>36</sup>, al decirnos que “la tercera dificultad está en el peligro

---

<sup>36</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *A principalização da jurisprudência através da Constituição*. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Revista de Processo, São Paulo, n. 98, p. 83-89, abr/jun. 2000.

de un derecho de contenido variable que conduzca a un peligrosísimo subjetivismo judicial. De hecho, el pluralismo de principios está muy próximo a fragmentaciones interpretativas de los jueces, poniéndose todo inseguro, desde la regla aplicada y jurisdiccionalmente mediada.

Están aún indefinidos los límites de interferencia judicial sobre el mérito de las decisiones de los gobiernos elegidos democráticamente, en lo que se refiere a la utilización de recursos destinados a las políticas públicas. La omisión del Estado neoliberal y el crecimiento del papel del Ministerio Público promueven la judicialización de las cuestiones políticas y la transposición de los límites tradicionalmente reconocidos del Judicial.

Es indiscutible que la escasez de recursos, en sentido amplio, como sucede en la salud por ejemplo, es realidad en Brasil, no pudiéndose admitir que el Judicial, cuando aborda el tema de la distribución de recursos, desconsidere que estas demandas podrían perjudicar el interés de toda la colectividad. Hay, entretanto, los que defiendan que los derechos fundamentales sociales son judicializables independientemente de límites, no cabiendo indagación de si hay o no recursos necesarios, sino que solamente el cumplimiento de esos derechos.

Ahora bien, el Juez no puede ser un ser aislado de la realidad que lo rodea. Es indiscutible que Brasil es un país de extrema desigualdad, donde hay enorme demanda social, sin una perspectiva inmediata de una plena corrección de ese escenario. Esta coyuntura tiene que ser analizada con prudencia en el momento de la decisión judicial.

El Estado constitucional de derecho gravita en torno de la dignidad de los seres humanos y de la centralidad de los derechos fundamentales. La dignidad de las personas es el centro de irradiación de los derechos fundamentales, siendo frecuentemente identificada como el núcleo esencial de tales derechos, siendo importante que la actuación del estado tenga siempre este objetivo.

En verdad, la Constitución Federal de 1988, al contrario de lo que ocurre en algunos otros países, no distingue derechos civiles de políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, estableciéndolos como

derechos fundamentales, y, por lo tanto, utilizables de medios procesuales adecuados.

Pero para que eso ocurra, esa acción tiene que estar pautada en límites y reglas, y, para los objetivos de este trabajo, lo enfocaremos en los **Costos del Derecho**.

## **VII. Los costos del Derecho**

Aunque la constitucionalización de la eficiencia haya tenido un impacto bastante positivo en la organización interna de la Administración Pública, propiciando una valorización del mérito en las carreras de Estado y el combate a la corrupción y al desperdicio de recursos por los órganos gubernamentales, el nuevo principio puede haber propiciado también por otro lado un perjuicio en la concretización de prestaciones previstas en el texto. Siendo así, mientras la eficiencia perfeccionó el Derecho Administrativo, también, por otro lado, comprometió negativamente el Derecho Constitucional.

La eficiencia, en el texto constitucional, proporcionó un análisis económico de los derechos fundamentales, cuya concreción podría ser ponderada en términos de costos y beneficios. En los términos de la tesis de Holmes e Sunstein, **“los derechos solo existen donde hay flujo presupuestario que así lo permita”**.

Se observa que la judicialización de los servicios públicos de salud representa un doble costo: no solo la concreción del derecho a la salud, sino que también la organización y mantención de la máquina judicial que, en cada caso concreto, garantizará el derecho demandado. El Estado gasta con el derecho a la salud y también con el derecho de acceso a la justicia y su debido proceso legal; gastando recursos con remedios biológicos y también con remedios jurisdiccionales.

Debido al hecho de que las pretensiones relacionadas a la concretización de los derechos tenidos como fundamentales, poseen como característica común la necesidad de disponer de medios materiales – financieros y de presupuesto – para hacer posible su efectucción, se creó una

dependencia relacionada a la actuación estatal para concretizar esta gama de derechos, vinculada a la necesidad de formulación de políticas públicas para hacerse exigibles, así como también la destinación de los recursos públicos.

De esta forma, a partir de la concepción de este rol de derechos como dependientes de una actuación activa estatal, en el sentido de, más allá de elaborar políticas públicas, también se debe disponer de medios materiales efectivos para la garantía de derechos de la población, aparece la discusión envolviendo la reserva de lo posible<sup>37</sup> *versus* lo mínimo existencial que debe ser garantizado a todos los ciudadanos.

Según Ana Paula de Barcellos, la “*expresión reserva de lo posible busca identificar el fenómeno económico de la limitación de los recursos disponibles ante las necesidades casi siempre infinitas por ellos suplidas*”<sup>38</sup>. Para Ana Carolina Lopes Oslén<sup>39</sup>, “*la reserva de lo posible suele estar relacionada a la necesidad de adecuarse a las pretensiones sociales con las restricciones de presupuesto, así como la real disponibilidad de recursos de caja, para la efectivización de gasto*”.

Ahora, según Sarlet<sup>40</sup>, la reserva de lo posible apunta limitaciones para la concretización de los derechos fundamentales bajo dos aspectos: fáctico y jurídico, siendo así, “La reserva de lo posible se constituye, en verdad, como especie de límite jurídico y fáctico de los derechos fundamentales, pero también podrá actuar, en determinadas circunstancias, como garantía de los derechos fundamentales, en la hipótesis de conflictos de derechos, cuando se cuide en la invocación – observados los criterios de la proporcionalidad y de la garantía de lo mínimo existencial – de la indisponibilidad de recursos, con el objetivo de salvaguardar el núcleo

37 La reserva de lo posible fue desarrollada en Alemania con el objetivo de solucionar la problemática referente a la restricción del número de cupos en las Universidades. En 1972, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania solucionó el caso, decidiendo que algunas prestaciones estatales quedan sometidas a aquello que el individuo puede exigir de la sociedad de forma razonable, o sea, hay prestaciones que quedan restringidas a una reserva de lo posible.

38 BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2011. p. 236.

39 OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível. Ed. Juruá, Curitiba, 2012. P. 182.

40 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12ª ed. revista atualizada e ampliada. Editora livraria do advogado. Porto Alegre: 2015. P. 288.

esencial de otro derecho fundamental”.

La posibilidad de actuación del Estado, en sus diversas facetas, está extremadamente conectada a su presupuesto, no pudiéndose hablar de control de políticas públicas sin que se observen las reglas de presupuesto. Se impone seriedad al abordarse el tema reserva de lo posible, no admitiéndose la defensa de un Judicial que imponga consecuencias ilimitadas para los gastos del Estado.

Además, la ponderación debe ser buscada como medio de resolución de conflictos, envolviendo los derechos fundamentales y las disponibilidades presupuestarias, de modo que lo mínimo existencial sea preservado, para garantizar el derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana a todos los individuos.

De este modo, se percibe que el asunto es complejo a partir del momento en que es necesario establecer criterios objetivos y de prioridades para que sea posible resolverse caso a caso de acuerdo con las necesidades sociales más urgentes. Así, para Barcellos, *“si los medios financieros no son ilimitados, los recursos disponibles deberán ser aplicados prioritariamente en la atención de los fines considerados esenciales por la Constitución, hasta que éstos sean redizados”*<sup>41</sup>.

En este sentido, se percibe que la destinación de recursos debería tener como base los fines adoptados por la Constitución, con el fin de efectivizar los derechos protegidos y de evitar inseguridad jurídica a los ciudadanos, en relación a la probabilidad de tal derecho encontrarse garantizado por el poder público o no, en razón de criterios económicos.

Es imprescindible establecerse criterios para la destinación de los recursos, así como también la delimitación del contenido del mínimo esencial, siendo ésta, tal vez, la tarea más difícil, cuando hablamos de control judicial de las políticas públicas.

En estudio sobre el tema, Felipe de Melo Fonte<sup>42</sup> busca establecer parámetros para la fijación del mínimo existencial, siendo entendido como

<sup>41</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais : o princípio da dignidade da pessoa humana. 2001. p. 242.

<sup>42</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e Direitos Fundamentais**. Saraiva, São Paulo, 2013, pp- 207-210.

“sinónimo de prestaciones mínimas para que sean preservadas la libertad y la dignidad de la persona humana en su núcleo esencial e intangible, lo cual incluye (i) la subsistencia del ser humano; (ii) la capacidad de autodeterminación, (iii) la capacidad de participación en las decisiones públicas”, siendo el primero “el conjunto de prestaciones ligadas al mínimo existencial en lo que se refiere a la vida humana y a su desarrollo saludable”, el segundo “se refiere a la regla constitucional que sella la sumisión a la tortura y o al trato deshumano o degradante”.

Y continua, aún en la búsqueda de criterios para la definición del mínimo existencial, estableciendo que éste “debe corresponder a prestaciones que sean universales”, o sea, solamente puede ser exigido aquello que es común a todos los individuos. Por ejemplo, en el ámbito de la salud, no se puede establecer, para un paciente, un tratamiento extremadamente costoso, que solo a él le sea permitido, y no a todos los individuos que puedan necesitar.

La actuación judicial, por lo tanto, deberá pautarse dentro de los principios de la proporcionalidad y razonabilidad, así como en la verificación del cumplimiento de los derechos fundamentales, observando la garantía de la universalización, de la esencialidad, garantizando dignidad y protección a la vida humana, además de la fiscalización de la capacidad presupuestaria del estado, en el simple sentido de evitar exigencias que no sean concebidas dentro del propio sistema tributario patrio.

### **Conclusión:**

Como ha quedado demostrado, el paradigma actual de la sociedad, que implora por la atención de sus derechos ante gobiernos que actúan de forma eminentemente económica, requiere la actuación del Poder Judicial, para que los derechos fundamentales no corran el riesgo de transformarse en pura retórica política. No obstante, esa actuación debe darse de manera cautelosa, por el hecho de que los recursos económicos son escasos, y el exceso de demandas relacionadas con el derecho a la salud con decisiones que condenan a los estados (provincias) a prestaciones positivas, ponen

en jaque no solo la concreción de otros derechos fundamentales, sino que también la propia viabilidad de la garantía del derecho a la salud. Se tiene que respetar la *autonomía del poder ejecutivo para establecer políticas públicas, incluso porque, como visto, es él que tiene legitimidad democrática y medios técnicos para evaluar la mejor forma de ejecutarlas.*

### **Bibliografía consultada**

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático**.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba. Juruá, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2001.
- BERCOVICI, Gustavo. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado.. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 1999.
- BOSCO, Maria Goretti. **Discrecionabilidade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade**. Curitiba. Juruá. 2008.
- BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: 2013. Saraiva.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *A principalização da jurisprudência através da Constituição*. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de



- Figueiredo Teixeira. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, p. 83-89, abr/jun. 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993/Reimpressão, 1999.
- DAMEA, Andrea M<sup>a</sup> MARTÍNEZ “La relación entre la burocracia y las políticas públicas”, *Cadernos de Dereito Actual*, N.º. 2, 2014, pp. 85-98.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronad. Juízes políticos e democracia. O Estado de São Paulo, Espaço aberto, 26 abril de 1997.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo. 2013. Saraiva.
- GORDILLO, Augustin. **La administracion paralela:el parasistema juridico-administrativo**. Madri: civitas, 1982.
- HERRERA TAPIAS, Belaña Annery “El Estado Económico Constitucional en la Carta de 1991 frente al Derecho del Consumo”, *Revista pensamiento jurídico*, N. 32, 2011, pp. 247-264.
- HERRERA TAPIAS, Belaña Annery “El nuevo Derecho de Garantías”, *Revista justicia*, N. 22, 2012, pp. 124-141.
- JÚNIOR, Osvaldo Canela. **Controle Judicial de política públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JÚNIOR, Hermes Zaneti. *“A Teoria de Separação de poderes e o estado democrático”*.Coords, GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Forense. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro, 2011,.
- OLSEN. Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Ed. Juruá, Curitiba, 2012.
- GONÇALVES, Rubén MIRANDA “Novas alternativas ao exercício

da democracia tradicional: a democracia participativa”, *Revista Jurídica UNICURITIBA*, vol. 03, núm. 44, 2016, pp. 426-437. DOI: <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.4610839.v1>

GONÇALVES, Rubén Miranda “La iniciativa legislativa popular como mecanismo de democracia participativa: especial referencia a la Comunidad Autónoma de Galicia”, *Administración Pública, Juventud y Democracia Participativa*, Coord. Rubén Miranda Gonçalves, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2016.

DEL MASSO, Fabiano, MIRANDA GONÇALVES, Rubén y ZEFERINO FERREIRA, Rui Miguel, “A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático” *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015, pp. 306 y ss.

GONÇALVES, Rubén Miranda “La relación entre Derecho Administrativo y Derechos Fundamentales”, *Dimensões dos Direitos Humanos*, Dir. Fábio da Silva Veiga, Coord. Rubén Miranda Gonçalves, Universidade Portucalense, Porto.

SÁ, José Adonis Callou de Araujo. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, Democracia e desenvolvimento**. São Paulo, Cortez Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. revista atualizada e ampliada. Editora livraria do advogado. Porto Alegre: 2015.

---

## **PARAÍÇOS FISCAIS E TROCA DE INFORMAÇÃO EM MATÉRIA FISCAL – QUESTÕES LEVANTADAS E PRINCIPAIS DESTAQUES**

---

**PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO <sup>1</sup>**

*Instituto Politécnico da Maia (Portugal)*

### **SUMÁRIO**

1. Paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais. 2. Troca de informações entre Administrações Fiscais. 2.1. Análise do art.º 26.º da Convenção Modelo da OCDE e do manual da OCDE acerca da sua implementação. 2.2. As Diretivas da UE e a legislação relacionada com a troca de informações.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta Convidada no Instituto Politécnico da Maia (IPMAIA). Membro da Comissão Científica do Núcleo de Investigação do IPMAIA (N2i). Assistente Convidada no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto (ISCAP/P. Porto).

## 1. Paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais

Apesar de as terminologias “paraísos fiscais” e “regimes fiscais preferenciais” não corresponderem exatamente ao mesmo conceito, estas realidades encontram-se em conexão com o desenvolvimento da evasão e fraude fiscais internacionais, para as quais contribuem diversos fatores, nomeadamente a mobilidade de pessoas e de capitais, a internacionalização da economia e o aperfeiçoamento das técnicas e práticas evasivas<sup>2</sup>. Ora, neste contexto, surge a importância da análise da matéria referente à troca de informações entre administrações fiscais, enquanto importante medida no combate aos problemas associados a este tipo de jurisdições.

A propósito dos critérios de distinção entre paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais, existe um importante relatório da OCDE<sup>3</sup>. De acordo com o aludido relatório, os fatores chave para identificar os paraísos fiscais são os seguintes: ausência de impostos ou tributação apenas nominal (em geral ou em circunstâncias especiais), o que leva a que essa jurisdição se apresente como um local que poderá ser utilizado por contribuintes não residentes para escapar à tributação devida no seu país de residência; falta ou ausência de troca de informações efetiva, possibilitada por leis ou práticas administrativas; falta de transparência; prática de atividades não substanciais, ou seja, prática de atividades muitas vezes fictícias ou práticas que não acrescentem valor, ocorrendo pouca ou nenhuma atividade efetiva (os chamados “*booking centres*”).

Quanto aos regimes fiscais preferenciais, aponta-se no sentido da ausência de tributação ou taxas de imposto efetivo baixas; regimes protecionistas com restrição de benefícios a não residentes e proibição implícita ou explícita no acesso aos mercados domésticos por parte dos investidores que beneficiam desse regime fiscal; políticas discriminatórias (o chamado “*ring-fenced regime*”); falta de transparência possibilitada por regras procedimentais favoráveis, práticas administrativas contrárias ao princípio da transparência ou ainda por falta de efetividade prática de normas tendentes à transparência que

<sup>2</sup> Cfr. MENEZES DE LEITÃO, Luís, “*Aplicação de medidas anti-abuso na luta contra e evasão fiscal*”, in *Fisco*, n.º 107/108, Ano XIV, Março de 2003.

<sup>3</sup> Cfr. OECD, *Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue*, 1998.

eventualmente já existam; falta de troca de informações efetiva fomentada pelo acesso ainda muito limitado às informações bancárias.

Ainda a propósito dos chamados regimes fiscais preferenciais, o relatório da OCDE aqui em análise indica outros fatores para a identificação dos regimes fiscais preferenciais prejudiciais. Assim, refere-se a definição artificial da base tributável; a falta de implementação dos princípios internacionais sobre preços de transferência; a atração de rendimento de fonte estrangeira no país de residência, por forma a fomentar o “*treaty shopping*”; taxas de imposto ou a própria base tributável sujeitas a negociação; existência de disposições sobre sigilo (com a dificuldade em termos de acesso à informação bancária, instrumentos financeiros com garantia de anonimato, etc.); acesso a uma vasta rede de tratados em matéria fiscal; regimes permissivos à utilização de veículos tendentes à atenuação de imposto; e o fomento de operações meramente formais e não substanciais.

A própria definição do que sejam estes “paraísos fiscais” não é unívoca. Em primeiro lugar, avança-se para que seja uma questão essencialmente relativa, uma vez que há jurisdições que podem ser considerados “paraísos fiscais” em relação a outras, bastando que para isso apresentem um nível de tributação inferior ou se abstenham de tributar uma situação altamente tributada comparativamente com a jurisdição com a qual se estão a comparar. Por sua vez, outras jurisdições adotam uma definição absoluta, avançando para um critério percentual de tributação efetiva (é o caso da Alemanha, que considera estarmos perante um paraíso fiscal em presença de um território que tributa a uma taxa inferior a 30% os rendimentos de uma empresa instalada no seu território). Existem também jurisdições que apresentam uma enumeração casuística, por listas (como, por exemplo, a Alemanha, a Austrália, a França, o Japão e, em parte, Portugal).

Existem ainda outras jurisdições que procuram definir os paraísos fiscais pela negativa, tais como o Reino Unido e o Canadá.

Além disso, há ainda que distinguir entre paraíso fiscal e zona de baixa pressão fiscal<sup>4</sup>, já determinados territórios não possuem grandes necessidades

<sup>4</sup> Por exemplo, LEVINE, Pierre, “*La Lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*”, Paris, LGDJ, 1988.

orçamentais, o que se deve, por exemplo, às baixas despesas ou à grande riqueza em recursos naturais, designadamente petrolíferos.

Ultrapassados todos os aludidos problemas doutrinários, uma boa definição para paraíso fiscal poderá ser a que o define como “*um país ou um território que atribua a pessoas físicas ou coletivas vantagens fiscais suscetíveis de evitar a tributação no seu país de origem ou de beneficiar de um regime fiscal mais favorável que o desse país, sobretudo em matéria de impostos sobre o rendimento e sobre as sucessões*”<sup>5</sup>.

Por tudo isto, verifica-se que os “paraísos fiscais” são geradores de uma forte concorrência desleal, oferecendo vantagens muito atrativas na procura de investimentos estrangeiros e de fortunas, em geral <sup>6</sup>.

Os fatores que levam à atratividade destas jurisdições prendem-se ainda com a internacionalização, a facilidade de mobilidade, as telecomunicações, a competitividade, as más condições oferecidas por centros que não sejam *offshores*, bem como a importância dos mercados internacionais e o prestígio das praças europeias mais importantes normalmente ligadas a estes fenómenos.

## **2. Troca de informações entre Administrações Fiscais**

### **2.1. Análise do art.º 26.º da Convenção Modelo da OCDE e do manual da OCDE acerca da sua implementação**

A Convenção Modelo da OCDE<sup>7</sup> inclui uma disposição dedicada à “*Troca de Informações*” (art.º 26.º) que prevê que as autoridades competentes dos Estados contratantes têm de trocar informações na medida da sua relevância previsível, dando assim cumprimento às disposições da Convenção e reforçando as disposições internas nesta matéria. O art.º 26.º da Convenção Modelo da OCDE reveste-se de uma grande abrangência, ultrapassando o próprio âmbito da sujeição do modelo de convenção onde se insere, designadamente quanto aos sujeitos e aos impostos abrangidos.

<sup>5</sup> Cfr. BEAUCHAMP, André, *Guide Mondial des Paradis Fiscaux*, Grasset, Paris, 1981.

<sup>6</sup> A este propósito veja-se BRAZ DA SILVA, José Manuel, *Os paraísos fiscais - casos práticos com empresas portuguesas*, Almedina, Coimbra, 2000.

<sup>7</sup> Cfr. “*Articles of the Model Convention with respect to taxes on income and on capital*” (disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org)), Chapter VI – Special provisions. A última actualização data de 22 de julho de 2010 e encontra-se disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/25/24/47213736.pdf>.

Esta disposição é a base legal comumente aceite quanto à troca de informações entre administrações fiscais, encontrando-se presente no articulado dos acordos bilaterais sobre troca de informações que têm vindo a ser celebrados.

Existe ainda um manual da OCDE que versa sobre a implementação da cláusula relativa à troca de informações<sup>8</sup>. Tal manual divide-se em oito módulos, a saber: Módulo 1 – Troca de informações a pedido; Módulo 2 – Troca espontânea de informações; Módulo 3 – Troca de informações automática (ou rotineira); Módulo 4 – Troca de informações industrial/alargada; Módulo 5 – Inspeções Fiscais simultâneas; Módulo 6 – Inspeções Fiscais no estrangeiro; Módulo 7 – Perfis dos países no que respeita a troca de informações; Módulo 8 – Instrumentos sobre troca de informações e modelos. Este manual configura uma espécie de guia prático com a finalidade de dotar as Administrações Fiscais dos conhecimentos necessários à troca de informações, permitindo melhorar a respetiva eficiência, servindo também para a elaboração ou para a actualização de manuais que existam eventualmente ao nível dos Estados.

Neste contexto, os “Estados contratantes” podem trocar informação a pedido, espontaneamente ou de forma automática (ou rotineira). No entanto, a convenção modelo de 2002 sobre troca de informações<sup>9</sup> não prevê (no seu art.º 5.º, n.º 1) as situações de troca espontânea nem de troca automática. A troca de informações afigura-se como garantia da soberania dos Estados no contexto da obtenção de receitas fiscais, evitando a erosão da base tributável, apenas assegurada com uma aplicação e implementação efectivas da troca de informações.

Quanto aos intuitos da troca de informações (*“Purposes of Exchange of Information”*), aponta este manual, em primeiro lugar, a averiguação de factos relacionados a tributação; e em segundo lugar, a assistência mútua entre os Estados e o reforço das legislações fiscais internas (aliás, o mesmo

<sup>8</sup> Cfr. OECD, *Manual on the implementation of exchange of information provisions for tax purposes* (approved by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 23 January 2006) – module on general and legal aspects of exchange of information (disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

<sup>9</sup> Cfr. *“Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters”*, 2002 – OECD, *Agreement on exchange of information on tax matters* (disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

objetivo é também referenciado no art.º 26.º da Convenção Modelo da OCDE). Pretende-se que a troca de informações contemple uma extensão o mais vasta possível, mas não são permitidas “*fishing expeditions*”, ou seja, pedidos especulativos. Além disso, a troca de informações não se encontra limitada aos países contratantes, podendo ser necessárias informações sobre contribuintes não residentes ou residentes em países terceiros, não obstante as limitações territoriais previstas implicitamente no art.º 26.º da Convenção Modelo.

Quanto aos diferentes tipos de trocas de informações possíveis, existem as denominadas “formas clássicas”, como sejam: (i) troca de informações a pedido; (ii) troca de informações automática; (iii) troca de informações espontânea. Existem ainda outras modalidades, a saber: (i) inspeções fiscais simultâneas; (ii) visita de representantes das autoridades competentes; (iii) troca de informações industrial/alargada.

Toda a informação recebida deve ser tratada de acordo com padrões de estrita confidencialidade (para isso apontam o art.º 26.º, n.º 2 da Convenção Modelo, o art.º 8.º do Acordo Modelo e o art.º 22.º da convenção conjunta da Conselho da Europa/OCDE). Todavia, quanto ao uso da informação para outras questões, o princípio geral é o de que a informação trocada não poderá ser usada para fins diferentes dos fins para os quais a informação foi trocada. No caso de se pretender utilizar a informação para outros fins, deve utilizar-se um outro mecanismo diferente da troca de informações para fins fiscais, como por exemplo um tratado de assistência judicial. Numa situação que envolva a investigação de um crime de branqueamento de capitais, no combate à corrupção ou no combate ao financiamento do terrorismo devem ser incluídas disposições específicas no articulado das convenções bilaterais, permitindo-se a troca de informações fiscais com outras entidades.

A assistência mútua administrativa na recolha de impostos encontra-se também relacionada com a problemática aqui analisada, sendo disso exemplo a Directiva 2010/24/UE, bem como a convenção conjunta Conselho da Europa/OCDE, de 25 de janeiro de 1988, com entrada em



vigor para os primeiros Estados contratantes, em 1995.

A OCDE elaborou ainda um manual de referência sobre fontes de informação<sup>10</sup>. A troca de informações, assim como todos os esforços do Fórum Global da OCDE sobre Transparência e Troca de Informações têm sido aceites em quase todo o mundo, com o apoio de entidades tais como o G8, o G20 e a UE. Historicamente, este Fórum Global foi criado no ano 2000, a fim de responder à necessidade de se implementarem altos padrões de transparência e troca de informações de forma equitativa e de acordo com uma competição saudável entre todas as jurisdições, sem olhar ao seu tamanho ou grau de desenvolvimento (inicialmente, faziam parte do Fórum apenas 32 jurisdições, número que tem crescido gradualmente – atualmente ronda as 90 jurisdições).

## **2.2. As Diretivas da UE e a legislação relacionada com a troca de informações**

A para da OCDE, a União Europeia tem sido outra das entidades preocupadas com estes tópicos. Como iniciativas da UE no tocante ao fortalecimento da cooperação, surgem a Diretiva n.º 76/308/CE, a Diretiva n.º 2008/55/CE e o Regulamento n.º 1179/2008, por exemplo. A primeira, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos resultantes de operações que fazem parte do sistema de financiamento do Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola, bem como de direitos niveladores agrícolas e de direitos aduaneiros. A segunda, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a certas quotizações, direitos, impostos e outras medidas. Por sua vez, o Regulamento referenciado fixa as normas de execução de certas disposições da Directiva 2008/55/CE do Conselho relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a certas quotizações, direitos, impostos e outras medidas. Além disso, existe desde o dia 25 de janeiro de 1988 a possibilidade de adesão (assinatura e posterior ratificação) a uma convenção conjunta do Conselho da Europa e da OCDE sobre assistência administrativa mútua em matérias fiscais. Esta convenção multilateral abrange todos os impostos, tendo por

<sup>10</sup> Cfr. *OECD reference guide on sources of information from abroad*, update of 26<sup>th</sup> January 2006 (disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

missão facilitar a troca de informações e também a cobrança dos impostos a nível internacional. Nos dias 27 e 28 de maio de 2010 foi assinado um protocolo adicional, subscrito por 21 países, entre os quais Portugal<sup>11</sup>.

Uma outra iniciativa de relevo é a Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, referente à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade (e que revoga a Directiva 77/799/CEE)<sup>12</sup>. Esta diretiva abrange praticamente todos os impostos, excepto o imposto sobre o valor acrescentado e os direitos aduaneiros, bem como os impostos especiais de consumo abrangidos por outra legislação da União em matéria de cooperação administrativa entre Estados-Membros. Excluem-se também as contribuições obrigatórias para a segurança social. O procedimento referente à troca de informações a pedido encontra-se regulado no seu art.º 5.º e seguintes, a troca automática de informações surge no seu art.º 8.º e a troca espontânea figura no seu art.º 9.º. A troca de informações com países terceiros é regulada pelo art.º 24.º e o tratamento do sigilo bancário encontra-se plasmado no seu art.º 18.º.

Destaque-se ainda a Diretiva 2010/24/UE do Conselho, de 16 de março de 2010, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas<sup>13</sup>. O seu âmbito objetivo de aplicação vem previsto no art.º 2.º. Os pedidos de informação para efeitos de recuperação de impostos encontram-se regulados no art.º 5.º, ao passo que a troca de informações sem pedido prévio surge no art.º 6.º. Os art.ºs 10.º e seguintes ocupam-se dos pedidos de recuperação das receitas, propriamente ditos, destacando-se a possibilidade de intentar acções cautelares, prevista no art.º 16.º. Por sua vez, no seu art.º 18.º estabelecem-se limites às obrigações da autoridade requerida.

---

11 Para maiores desenvolvimentos sobre estas matérias, cfr. AMORIM, José de Campos, “A convenção multilateral sobre assistência mútua administrativa em matéria fiscal da OCDE”, in *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

12 Disponível online em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:064:0001:0012:PT:PDF>.

13 Disponível online em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:084:0001:0012:PT:PDF>.

**Referências bibliográficas**

- AMORIM, José de Campos, “A convenção multilateral sobre assistência mútua administrativa em matéria fiscal da OCDE”, in *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012
- BEAUCHAMP, André, *Guide Mondial des Paradis Fiscaux*, Grasset, Paris, 1981
- BRAZ DA SILVA, José Manuel, *Os paraísos fiscais - casos práticos com empresas portuguesas*, Almedina, Coimbra, 2000
- CUNHA, Patrícia Noiret, *Tax Competition in Europe – Portuguese Report*, congresso EATLP 2000, Maastricht, (disponível em [www.eatlp.org](http://www.eatlp.org))
- DOGGART, Caroline, *Paraísos fiscais – guia prático*, 2.<sup>a</sup> Edição, Vida Económica, Porto, 1998
- FREITAS PEREIRA, Manuel Henrique, “Concorrência Fiscal Prejudicial – o Código de Conduta da União Europeia”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 390, 1998
- LEVINE, Pierre, “*La Lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*”, Paris, LGDJ, 1988
- MENEZES DE LEITÃO, Luís, “*Aplicação de medidas anti-abuso na luta contra e evasão fiscal*”, in *Fisco*, n.º 107/108, Ano XIV, Março de 2003
- OECD, “*Articles of the Model Convention with respect to taxes on income and on capital*” (disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org)), Chapter VI – Special provisions. A última actualização data de 22 de julho de 2010 e encontra-se disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/25/24/47213736.pdf>
- OECD, *Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue*, 1998
- OECD, *Manual on the implementation of exchange of information provisions for tax purposes* (approved by the OECD Committee on Fiscal Affairs)

on 23 January 2006) – module on general and legal aspects of exchange of information (disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org))

OECD, “*Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*”, 2002 (disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

OECD, *OECD reference guide on sources of information from abroad*, update of 26<sup>th</sup> January 2006 (disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org))

SANTOS, António Carlos/PALMA, Clotilde Celorico, “*A regulação internacional da concorrência fiscal prejudicial*”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 395, 1999

---

## **CIDADES DO MEDO: COMO A GEOGRAFIA DA CRIMINALIDADE E DO MEDO SE APRESENTAM NA CIDADE DE VITÓRIA DA CONQUISTA-BA**

---

**CLAUDIO OLIVEIRA CARVALHO<sup>1</sup>**

**LUCAS MEIRA DOS SANTOS<sup>2</sup>**

*Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (BRASIL)*

### **SUMÁRIO**

1. O medo e a mídia. 2. Mapa da via da violência espacialna Zona Leste de Vitória da Conquista/BA. 3. Violência e segregação social. 4. Análise dos crimes de homicídio e roubos entre bairros da periferia e os bairros elitizados. 5. Considerações finais. 6. Referências

---

1 Doutor em Desenvolvimento Regional e Planejamento Urbano. Mestre em Direito. Docente na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

2 Acadêmico de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

## O MEDO E A MÍDIA

Os índices sobre a criminalidade levantados nas últimas décadas pelos Institutos de Pesquisa e Estatísticas demonstram um grande aumento da criminalidade em nosso país. Conforme “Estudo Global sobre Homicídio 2013”, divulgado pelo Escritório sobre Drogas e Crime das Nações Unidas, o Brasil ocupa a 16ª posição entre os países mais violentos do mundo, uma vez que, em 2012, mais de 10% dos homicídios cometidos no mundo foram registrados no Brasil.

Atrelado a esta posição, a grande mídia nacional vem, em seus noticiários, dando grande ênfase aos casos de violência. Há, na verdade, uma demasiada exploração do tema, visto que se trata de um assunto que muito aguça a curiosidade e o imaginário da população.

Cria-se uma espetacularização dos casos, em que a própria sociedade analisa e julga os personagens das matérias, criando-se uma comoção geral em torno do assunto. Isso acaba ocasionando um estado generalizado de pânico social, levando-nos acreditar que o índice de violência e criminalidade seja maior (em termos qualitativos) do que realmente é.

O objetivo dos programas de tv nestes casos, não é apenas informar sobre o acontecimento do crime, mas vender uma história de violência para a obtenção do lucro. Nestes casos, boa parte das vezes, a história é aumentada ou diminuída, favorecendo assim a sensacionalização da notícia. Além disso, ocorre também o desrespeito quanto aos direitos individuais tanto do praticante do ilícito penal, quanto da vítima.

De acordo com Bordieu:

Os perigos políticos inerentes ao uso ordinário da televisão devem-se ao fato de que a imagem tem a particularidade de poder produzir o que os críticos literários chamam o efeito de real, ela pode fazer ver e fazer crer no que faz ver (Bordieu, 1997, p.28).

Estas implicações políticas contidas nos programas de TV são, assim, capazes de desencadear fortes sentimentos na população. Geralmente, são sentimentos negativos, tais como: xenofobia, racismo, homofobia, preconceitos contra classes ou grupos minoritários.

Nessa esteira, a exploração midiática acaba formando padrões e traçando perfis estereotipados de quem são os personagens da violência, ou seja, idealiza um sujeito algoz para a cena do crime.

Atrelado a isso, o estado de medo difundido nas cidade acaba também orientando a forma como os indivíduos passam a morar. Há uma grande procura na atualidade por residências construídas em condomínios fechados.

Esse novo conceito de “viver com segurança” vem reafirmando desigualdades, segregação socioespacial e preconceitos raciais e sociais, visto que as classes média e alta criam uma ruptura dentro da polis, dado ao grande distanciamento que criam com as classes populares.

Outrossim, as grandes empresas de construção civil e de vigilância domiciliar aproveitam-se do medo disseminado pela mídia para venderem seus produtos, tais como condomínios de luxo edificadas sobre grandes muros de proteção e os serviços de vigilância patrimonial.

## **MAPA DA VIOLÊNCIA ESPACIAL NA ZONA LESTE DE VITÓRIA DA CONQUISTA – BA**

Apesar das cidades estarem envolvidas em um clima de medo e tensão social, bem como, haver de forma mais contundente, uma maior proteção/preocupação nas classes média e alta sobre seus pertences materiais e seus corpos, é preciso analisar onde e em que medida os crimes acontecem, visto que o mapa da violência das cidades brasileiras não se dá de forma uniforme, mas de maneira segmentada. Existem crimes mais propensos a determinadas localidades em detrimento de outras.

Diante disso, a partir de dados referentes às taxas de homicídios, homicí-

dios tentados, ocorrências por bairro e roubos ocorridos entre os anos de 2015 e 2016 na zona leste da cidade de Vitória da Conquista – BA, obtidos através da 77ª Companhia Independente de Polícia Militar de Vitória da Conquista/BA, analisamos aqui como a geografia do crime tem se apresentado no tecido urbano da cidade.

Vitória da Conquista é um município localizado na região sudoeste da Bahia, sua população, conforme o IBGE, em 2016 era de 350.284 mil habitantes, o que faz dela a terceira maior cidade do estado. Por ser sede do polo regional do sudoeste da Bahia, é uma cidade que nos últimos 25 anos, cresceu de forma acentuada nos setores de serviços de comércio, saúde e educação. De 1991 (225.091 mil habitantes) para 2016, a população cresceu em mais de 45% (quarenta e cinco por cento).

Com o aumento populacional, cresceram também os problemas da cidade, visto que muitos bairros se expandiram e muitos outros foram criados. Nessa esteira, a industrialização e a maior urbanização da cidade trouxeram problemas sociais que todo crescimento desordenado traz, dentre eles, o da violência urbana, reforçando com isso o resultado proveniente da relação entre crescimento desordenado/segregação socioespacial. Nesse sentido, Andrade (2013), aponta que:

os processos tardios de industrialização e urbanização provocariam intensos movimentos migratórios, produzindo com isso periferias empobrecidas e segregadas dos centros urbanos e áreas mais equipadas urbanisticamente. [...] Essa incongruência entre desenvolvimento humano e urbano produz, além de pobreza e privações, tensões sociais e formas de organização da vida social mais vulneráveis às violências e criminalidade (Andrade, 2013, p.19).

Tal efeito é um problema que acomete a maioria das grandes e médias cidades brasileiras, em Vitória da Conquista não é diferente. O aumento da



violência na zona leste da cidade cresceu conforme também cresceu a população da localidade.

De acordo com os índices de violência, os bairros com maiores números de incidência de cometimento de delitos são: Vila América, Alto Maron, Centro, Cruzeiro, Nova Cidade e Zona Rural em 2015 e Cruzeiro, Vila América e Guarani em 2016 (a maioria desses bairros são considerados carentes).

Apesar dos bairros carentes da zona leste acima apontados estarem à frente nos índices de violência e criminalidade, não pretende-se aqui associar pobreza com violência, é silógico compreender localidades pobres como sinônimo de violência.

Isso, pois a violência não consiste apenas no acontecimento do ato. Ela está “naturalizada” em nossas relações sociais. Vivemos em um modelo social em que a violência é constituída e alimentada pelo próprio Estado, visto que ela está presente nas relações sociais de trabalho, familiares, urbanas, entre outras. De acordo com Soares, a violência oculta, implícita nas relações de poder, se mostra a partir da violência fática que conhecemos, a exemplo dos atos ilícitos.

Pode-se dizer que a violência naturalizada encontra-se em estado de latência, pois está presente em nossa sociedade e não é entendida como uma situação de constrangimento, sendo algo oculto, implícito no social hostil, que se manifesta no formato de outra violência, fornecendo as condições necessárias para o cometimento no crime (Soares, 2004, p.124).

Essa violência velada promove a exclusão das classes sociais pobres, privando-as de instrumentos básicos de acesso à dignidade humana, tais como: educação, cultura, lazer, moradia. O modelo social vigente explora a mão de obra dessas classes e as repelem do convívio diário, fazendo com que procurem morar em lugares afastados dos centros urbanos.

Nesse sentido, podemos dizer que a violência explícita, aquela repelida pela lei, é fruto, na verdade, da violência naturalizada, imposta em grande medida às classes menos favorecidas pelo *status quo* a que estamos submetidos.

Para tanto, é conveniente concordar com Soares, ao afirmar que: “A pobreza é uma violência. Mas não é a causa direta da violência”. Deste modo, é de se salutar que são as situações geradas pela violência naturalizada que fazem com que a violência fática ocorra.

### **VIOLÊNCIA E SEGREGAÇÃO SOCIAL**

O bairro Vila América (bairro humildade da cidade) se repete nas primeiras colocações no ranking de ocorrências de homicídios tentados tanto em 2016 quanto em 2015, diferentemente do bairro Candeias (bairro elitizado).

O bairro Vila América em 2017 completa 20 anos de existência, ele foi fruto de ocupações que ocorreram na segunda metade da década de noventa. Está localizado entre a Zona Leste e a Zona Sul de Vitória da Conquista, um pouco distante do centro da cidade, é um bairro carente em diversos aspectos: saúde, educação, pavimentação, esgoto. Sua constituição ocorreu de forma muito rápida e desordenada. É um exemplo clássico de segregação sócioespacial, dado seu distanciamento dos bairros mais centrais ou elitizados da cidade, bem como a sua falta de aparelhos públicos.

Entre os bairros Vila América e Candeias acontece os dois meandros da segregação espacial: seja a oposição entre o centro e a periferia, ou a separação cada vez mais acentuada entre as áreas ocupadas pelas moradias das classes mais populares e aquelas ocupadas pelas classes mais privilegiadas (Villaça, 2001). Entretanto, a segregação que ocorre entre ambos na cidade não é aquela “centro x periferia”, em que classes sociais mais altas residem nas áreas mais centrais providas de aparelhos e com elevados custos, e as classes mais humildes ficariam relegadas às periferias distantes e desprovidas de equipamentos e serviços (Saboya, 2009)

Vitória da Conquista segue o ritmo do modelo espacial já discutido por Villaça no livro “Espaço intra-urbano no Brasil”, em que a parte mais abastada foi se concentrando perto do centro da cidade, e, paulatinamente, à medida que foi se desenvolvendo, uma série de serviços, equipamentos e comércios foram se deslocando para áreas mais nobres e distintas, surgindo então os “subcentros especializados em serviços destinados a essa classe”, como é o caso do bairro Candeias (Saboya, 2009).

Nessa dinâmica, os investimentos públicos acabaram sendo reunidos nessas pequenas áreas elitizadas da cidade. As políticas de administração urbana começaram a dar preferência a estas localidades para implementação de equipamentos e serviços urbanos, de forma a aumentar a especulação imobiliária do bairro em questão. Os imóveis da região do Candeias nos últimos anos valorizaram de forma muito rápida. As melhorias públicas e privadas na localidade agregaram muito valor à região. Nele ainda existem muitos terrenos ociosos esperando ainda maiores valorizações.

### **ANÁLISE DOS CRIMES HOMICÍDIOS E ROUBOS ENTRE OS BAIROS DA PERIFERIA E OS BAIROS ELITIZADOS**

*A priori*, conforme Gey Espinheira dispõe sobre a relação entre o medo e as classes sociais, é preciso entender que dentro do acontecimento do delito, as características individuais dos cidadãos são fatores que distingue seus próprios destinos.

Deste modo, para o sociólogo, o indivíduo negro, pobre, morador de bairro carente tem o destino diferente daqueles que são brancos, ricos e vivem em lugares nobres da cidade:

Mas, é preciso ter-se em conta que a posição de classe social e, conseqüentemente, onde e como mora em uma cidade são fatores ligados às condições estruturais da sociedade, e isso é o que enfatiza a distinção dos destinos pessoais na vida cotidiana ligados aos das classes sociais a que pertencem

(Espinheira, 2006, p.464).

Desta forma, a separação sócio-espacial na alocação das populações urbanas é estabelecida conforme os ditames do mercado imobiliário, e, nessa lógica, ricos e pobres são posicionados em lugares opostos da cidade, suas disposições marcam a distinção daqueles que são negados aparelhos urbanos bonitos e de qualidade, que convivem de perto com a violência, daqueles que se estabelecem em lugares bonitos, amplos e mais seguros.

Nesse diapasão, apesar da violência estar presente em quase toda a cidade, a forma como ela se manifesta é diferente a depender de cada bairro.

Os bairros nobres da cidade como Candeias e Recreio são os que têm os maiores índices de ocorrências de crimes de roubo, muito maiores do que os índices de bairros humildes como Cruzeiro ou Vila América. Enquanto em 2015 e 2016, respectivamente, o Recreio apresenta 82 e 43 casos de roubos e Candeias, 114 e 44 casos, os bairros Cruzeiro e Vila América apresentam, também, respectivamente nos anos de 2015 e 2016: 2 e 2; 17 e 11 casos de roubo.

Apesar do Cruzeiro e Vila América serem bairros considerados violentos, a taxa de crimes de roubos são pequenas se comparados com os bairros nobres da cidade. Em contrapartida, se formos verificar o índice das taxas de homicídio, constataremos a inversão da dinâmica dos crimes, visto que os lugares com maiores taxas são Urbis VI e Vila Elisa, considerados bairros mais populares.

Isso ocorre porque, a depender da cidade, os crimes contra o patrimônio são mais propensos a acontecer em bairros nobres, ao contrário dos crimes contra a vida, que são sempre mais propensos a ocorrer nas localidades mais periféricas.

Nesse contexto, podemos inferir que os bairros que mais se mata pessoas, são aqueles localizados em regiões mais pobres. Apesar de bairros nobres

reforçarem seus esquemas de segurança com medo, neles ocorrem com maior incidências crimes contra bens materiais, crimes menos graves se comparados àqueles crimes que atingem a vida.

A mídia, ao relatar os casos de violência, colocam a cidade inteira em estado de tensão e alerta, entretanto, são os bairros periféricos os que mais ocorrem os crimes graves. Por isso, podemos concluir que o medo vendido pelos meios de comunicação não representa de fato a geografia do crime que acomete a maioria das cidades. Nesse sentido, Arantes afirma que:

Contudo, o que mais interfere na organização do tecido socioespacial nas cidades brasileiras hoje é a “geografia do medo”, que não é exatamente igual à geografia do crime. O medo generalizado, por vezes descolado de experiências reais, estimulados pela abordagem sensacionalista e policialesca dos grandes meios de comunicação passou a influenciar decisivamente a vida diária, os padrões de circulação no espaço, o habitat e as formas espaciais fazendo surgir nas cidades brasileiras o que ele chamou de “militarização do cotidiano” ou, mais precisamente, uma “militarização da questão urbana”, conformando o que denominou de “fobópolis” (título do seu livro), a cidade do medo (Arantes, 2015, p.49).

A cidade do medo, portanto, tem uma geografia criminal própria. Apesar de toda sua extensão sofrer pela disseminação da fobia social, são os bairros periféricos que realmente sofrem os demandos da violência crítica, são nestas localidades que o medo televisivo acontece de fato.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir das observações e dados aqui reunidos, é possível perceber que, dian-

te dos crescentes índices de violência, atrelado aos sensacionalismos da mídia especulativa, a dinâmica das relações sociais urbanas está se modificando.

Nesse sentido, a construção do medo social decorre da resposta da sociedade para com diversos outros fatores críticos, um deles é a violência. Porém, a forma como cada classe social reage ao medo é distinta, tendo em vista que os fatores de medo de cada grupo social são diferentes.

Atrelado a isso, o medo e a desconfiança mútua que as pessoas têm umas com as outras, tem tornado a convivência social cada vez mais fria, a experiência interpessoal com o outro/o desconhecido tem se resumido em identificar o quão confiável ele é. Isso tem refletido na forma como as pessoas tem escolhido onde morar, haja vista a preferência maciça dos cidadãos por edifícios e condomínios fechados, lugares onde possam ter a sensação de segurança.

Os meios de comunicação de massa contribuem, em grande medida, para que a disseminação do medo se amplie, uma vez que se utilizam de táticas midiáticas seja para fins políticos ou empresariais com o intuito de que a população se apavore cada vez mais. Aproveitando-se disso, muitos empreendimentos imobiliários (grandes construtoras) e de segurança privada utilizam-se do fator medo para venderem a sensação do “sentir-se seguro”.

Nisso, os condomínios de nossas cidades têm trazido uma maior sensação de segurança para os indivíduos, entretanto, estão também isolando-os. Apesar de tais edificações estarem inseridas dentro de uma mesma cidade, elas estão, factualmente, fora dela, uma vez que criam ilhas entre si. Suas barreiras impõe afastamentos que não são apenas físicos, mas também psicológicos e sociais.

É possível também perceber que a cidade do medo vive dinâmicas diferentes a depender da localização de cada bairro. Apesar de toda sua extensão viver o clima de tensão proporcionado pelo medo real/ficto, a geografia dos crimes tem seus meandros, de forma que não corresponde

à geografia do medo, que é generalizada.

Apesar de todas as alternativas criadas para que as classes média e alta se isolem da violência urbana, tais medidas, em grande parte, não passam de uma série de serviços e produtos criados pelo grande capital para lucrar. Os bairros carentes, que são os que de fato mais sofrem com a violência mortal, na qual deveriam ter maior segurança, continuam lá, como antes, sem o aparato dessas alternativas.

### **REFERÊNCIAS:**

ANDRRADE, Luciana Teixeira. Et al. **Homicídios nas Regiões Metropolitanas**. Rio de Janeiro. Letra Capital, 2013.

ARANTES, Rafael de Aguiar. **A Cidade do Medo: Segregação, Violência e Sociabilidade Urbana em Salvador**. In Cadernos do CEAS, Salvador, 2015.

BORDIEU, Pierre. Sobre a Televisão. **Seguido de A influência do jornalismo e Os Jogos Olímpicos**. Tradução: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 28.

ESPINHEIRA, Gey. **Violência e Pobreza: janelas quebradas e o mal-estar da civilização**. Salvador: Caderno CRH, v18, n° 45,20005.

\_\_\_\_\_(Coord.); Regina T. LOPES; Antonio Mateus de C. SOARES; José Raimundo de Jesus SANTOS; Fernando C. LIMA NETO; Adailton B. G. FERREIRA. **Sociabilidade e Violência: criminalidade no cotidiano de vida dos moradores do Subúrbio Ferroviário de Salvador**. Salvador: Ministério Público do Estado da Bahia/Universidade Federal da Bahia, 2004, 204p.





---

## **A PERSONALIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO COMERCIAL E O REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS – PERSPETIVAS FUTURAS**

---

**ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM<sup>1</sup>**  
*Universidade do Minho (PORTUGAL)*

**SUMÁRIO:** Introdução. 2. A personalização da comunicação comercial na era digital. 3. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. 3.1. Princípios relativos ao tratamento. 3.2. O consentimento como pressuposto de licitude. 3.2.1. Noção e características. 3.2.2. O caso especial das crianças. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade do Minho.

## **1. Introdução**

Enquanto instrumento do processo de comercialização de produtos e serviços, a personalização das mensagens publicitárias enviadas aos consumidores visa uma aproximação aos seus interesses concretos, devendo considerar-se genericamente admitida. Suscita, no entanto, frequentemente, vários problemas ao nível dos meios utilizados pelos profissionais, sobretudo quando resulta do tratamento de dados pessoais sem o consentimento do respetivo titular.

Ora, em 27 de Abril de 2016, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram o Regulamento (UE) 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento e livre circulação de dados pessoais (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – doravante abreviadamente RGPD). Este regulamento revoga a Diretiva 95/46/CE e é aplicável nos Estados Membros a partir de 25 de maio de 2018.

Considerando as novas tendências do marketing, a abordagem da personalização da comunicação comercial vai centrar-se no recurso crescente aos dados biométricos e no consentimento do titular como pressuposto de licitude do seu tratamento. Procura-se, desta forma, antecipar algumas das perspectivas futuras nesta matéria, enunciando as questões que podem vir a ser levantadas pela evolução tecnológica no domínio da promoção de produtos e serviços.

## **2. A personalização da comunicação comercial na era digital**

A personalização da comunicação comercial começou por estar associada às visitas ao domicílio, às chamadas telefónicas, à remessa de correspondência por via postal, por telecópia e por correio eletrónico, que constituem as modalidades paradigmáticas de marketing direto.

Atualmente, a Sociedade da Informação caracteriza-se pela ampla disponibilização de dados pessoais, relevantes para efeitos da construção do perfil individual dos internautas. Mas na sequência da evolução tecnológica dos últimos anos, os profissionais recorrem hoje sobretudo a sistemas automáticos de monitorização dos comportamentos de navegação na Internet, que permitem conhecer as preferências dos utilizadores,

umentando a eficácia da promoção de produtos e serviços. Através dos testemunhos de conexão, que armazenam pequenos ficheiros de texto nos computadores dos usuários, possibilitando o seu reconhecimento em posteriores acessos, os anunciantes alcançam automaticamente milhões de células de mercado com mensagens publicitárias personalizadas.

O desenvolvimento dos sistemas de *cookies* conduziu ao aparecimento de técnicas progressivamente mais optimizadas de monitorização dos comportamentos dos destinatários da comunicação comercial, como os *tracking cookies* e os *flash cookies*, que não são eliminados através das tradicionais definições de privacidade dos programas de navegação.

Outros instrumentos de obtenção de dados pessoais utilizados na personalização da comunicação comercial, como os programas espíões (*spyware*) e os programas malévolos (*malware*), são instalados e executados sem o conhecimento dos usuários, provocando danos ou recolhendo informações armazenadas nos seus computadores. Igualmente intrusivos são os filtros de conteúdo do correio eletrónico e as plataformas de estatísticas sobre o acesso, pelo menos na medida em que permitem identificar os respetivos IP (Internet Protocol).

E, no domínio do *mobile marketing*, o envio de mensagens publicitárias associadas a cupões de desconto relativos a estabelecimentos situados na proximidade dos utilizadores tem assentado no recurso à geolocalização, que alguns autores consideram constituir um risco acrescido ao nível da privacidade (David López Jiménez, 2010:85).

Ora, a par dos sistemas automáticos de monitorização dos comportamentos de navegação na Internet e dos restantes instrumentos de personalização das mensagens publicitárias, começam a desenvolver-se as tecnologias biométricas, cujas potencialidades têm sido reconhecidas para efeitos do processo de comercialização de produtos e serviços (José Luís Reis, 2013:226). Assim, por exemplo, o reconhecimento facial ou vocal, as impressões digitais e a análise da íris permitem identificar inequivocamente uma pessoa, verificando-se uma relação direta entre a fiabilidade dos dispositivos e o respetivo grau de intrusão.

Neste sentido, o Grupo de Trabalho instituído pelo artigo 29.º

da Directiva 95/46/CE reconheceu, no *Parecer 3/2012 sobre a evolução das tecnologias biométricas*, adotado em 27 de abril de 2012, que estas suscitam “fortes preocupações em diversos domínios, incluindo a privacidade e a proteção de dados”.

Considerando que a evolução tecnológica tem conduzido a um aumento da fiabilidade e à redução dos custos dos sistemas biométricos, tende a verificar-se, também no setor privado, uma substituição dos métodos de identificação convencionais, que dependem da colaboração dos destinatários.

Mas os dados biométricos não são utilizados apenas para a identificação das pessoas. Em sede de comunicação comercial, representam ainda um contributo decisivo para o reconhecimento de estados emocionais, por exemplo, através da medição do batimento cardíaco ou da pressão sanguínea em resposta a determinados estímulos, que podem influenciar a forma como os profissionais se dirigem individualmente a cada consumidor (Cavan Canavan, 2014:1). Ou seja, este recurso aos sistemas biométricos permite acentuar a transição para o apelo a sentimentos na comunicação comercial, em detrimento dos tradicionais argumentos técnicos e funcionais relativos aos produtos ou serviços, bem como a crescente valorização das experiências orientadas para estabelecer relações sensoriais, afetivas ou criativas com as marcas.

### **3. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados**

#### **3.1. Princípios relativos ao tratamento**

A proteção de dados pessoais insere-se num contexto mais amplo de garantia da privacidade. Nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do RGPD, entende-se por dados pessoais a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, designadamente, por referência a “um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”. Assim, de acordo com uma opção anteriormente defendida pela

doutrina, na era digital o conceito de dados pessoais abrange qualquer informação relativa aos interesses do utilizador, no pressuposto da sua identificabilidade, não se limitando ao endereço de correio eletrónico (Niko Härting, 2008:748).

Porém, alguns autores reconhecem que o facto de uma multiplicidade de utilizadores acederem frequentemente à Internet a partir do mesmo computador determina a relevância da mera contactabilidade das pessoas, em detrimento da sua concreta identificabilidade. Surgiria, desta forma, uma geração de protecção de dados pessoais assente na relevância da mera contactabilidade (Yves Poullet, 2008:42). Em alternativa, a possibilidade de identificar uma pessoa de forma inequívoca parece ser uma das vantagens do recurso aos sistemas biométricos.

Ora, o artigo 5.º do RGPD enuncia um conjunto de princípios relativos ao tratamento de dados pessoais. Para além da licitude, que será abordada autonomamente a propósito do consentimento, relevam, entre outros, o princípio da limitação das finalidades, segundo o qual os dados devem ser “recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades” (alínea b) do n.º 1); o princípio da minimização dos dados, que determina a sua adequação, pertinência e limitação ao que for necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (alínea c) do n.º 1); e o princípio da limitação da conservação, estritamente em função do período necessário para aquelas finalidades (alínea e) do n.º 1).

Para assegurar o cumprimento dos princípios enunciados, nomeadamente sempre que estiver em causa a oferta de produtos ou serviços, os responsáveis pelo tratamento de dados ou os subcontratantes não estabelecidos na União Europeia devem designar um representante, para os efeitos do artigo 27.º do RGPD. Tendo sido objeto de uma controvérsia suscitada pelas empresas norte-americanas, esta norma representa uma solução de compromisso necessária para a protecção da privacidade num contexto de globalização económica.

Apesar de não ter sido expressamente enunciado no artigo 5.º

do RGPD, releva ainda o princípio da neutralidade tecnológica, que ao postular uma abordagem evolutiva das normas permite “evitar o risco sério de ser contornada a proteção das pessoas singulares”, como resulta do Considerando 15 do RGPD. No entanto, a doutrina reconhece que a proteção contra os riscos potenciados pela Internet se encontra limitada pela reserva do “tecnicamente possível” (Carla Amado Gomes, 2010:27).

Acresce que os artigos 15.º a 17.º do RGPD prevêem os tradicionais direitos de acesso, retificação e apagamento dos dados, seguindo quanto a este último a decisão paradigmática proferida pelo Tribunal de Justiça em 13 de maio de 2014 no caso *Google Spain e Google* (processo n.º C-131/12), a propósito dos conteúdos apresentados pelos motores de busca, com fundamento na Directiva 95/46/CE.

Igualmente reconhecido é agora, nos termos do artigo 20.º do RGPD, o direito de portabilidade dos dados, que abrange “o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento”.

A proteção de dados pessoais é aplicável a um conjunto cada vez mais alargado de atividades, também no setor privado, tendo especial relevância no domínio da promoção de produtos e serviços. Aliás, no *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores* de 23 de Novembro de 2010, o Parlamento Europeu tinha já manifestado uma preocupação com a personalização das mensagens publicitárias, que considerou constituir “um grave atentado à protecção da vida privada quando assenta no rastreio de características pessoais (testemunhos de conexão, constituição de perfis e geolocalização)”.

Importa referir que algumas empresas passaram a invocar a garantia da privacidade dos seus consumidores como vantagem concorrencial, geradora da confiança que caracteriza as relações comerciais de longa duração (Arnaud Belleil, 2002:132).

### **3.2. O consentimento como pressuposto de licitude**

Fora dos casos especialmente previstos, o consentimento do titular dos dados pessoais constitui um pressuposto de licitude do seu tratamento, como resulta da alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. Representa, assim, o elemento central da proteção, sendo particularmente relevante face à recolha de informação através de mecanismos independentes da intervenção do titular, como se verifica nos sistemas automáticos de monitorização dos comportamentos de navegação na Internet e sobretudo nas tecnologias biométricas, utilizadas para efeitos da personalização da comunicação comercial.

#### **3.2.1. Noção e características**

Segundo o disposto no n.º 11 do artigo 4.º do RGPD, o consentimento integra “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”.

O consentimento deve então traduzir um comportamento ativo do utilizador, suscetível de manifestar inequívocamente a sua vontade relativa ao tratamento dos dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas. Desta forma, como resulta do Considerando 32 do RGPD, não constituem consentimento “o silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão”. Neste sentido, a aceitação tácita de políticas de privacidade – decorrente, por exemplo, do facto de a navegação não ser interrompida, como se verifica atualmente na generalidade dos sítios eletrónicos – compromete a eficácia do consentimento, sobretudo quando se encontra associada a informação redigida de forma pouco clara ou excessivamente técnica.

O princípio da transparência consagrado no n.º 1 do artigo 12.º do RGPD reitera o carácter esclarecido do consentimento, ao postular que o responsável pelo tratamento deve tomar as medidas adequadas para fornecer ao titular dos dados pessoais as informações necessárias “de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e

simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças”. Estas informações devem ser prestadas por escrito ou, mediante pedido do titular, oralmente. Consta dos artigos 13.º e 14.º do RGPD o elenco das informações a facultar ao titular dos dados pessoais.

Por último, o n.º 14 do artigo 4.º do RGPD prevê que os dados biométricos resultam “de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos”. Sendo enquadrada nas “categorias especiais de dados pessoais”, a informação resultante da biometria permite identificar uma pessoa de forma inequívoca, estando sujeita para efeitos do tratamento ao disposto no artigo 9.º do RGPD, que consagra já uma norma de proibição. Ora, atenta a gravidade da lesão da privacidade nestes casos concretos, e ao contrário do que se verifica na categoria genérica, os ordenamentos jurídicos dos Estados Membros podem inviabilizar que a proibição de tratamento destes dados seja afastada mediante consentimento do respetivo titular.

O consentimento suscita especiais dificuldades face às tecnologias biométricas, sobretudo quando o suporte pertence ao profissional e o titular não tem qualquer controlo sobre os próprios dados. O problema deve ser particularmente tido em consideração quando, no domínio do marketing, estiver em causa o reconhecimento de estados emocionais, que constituem o último reduto da privacidade.

### **3.2.2. O caso especial das crianças**

Cabe ao titular dos dados pessoais dar o consentimento para o seu tratamento. Porém, de acordo com o n.º 1 do artigo 8.º do RGPD, no caso dos menores de 16 anos, “o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais”. Segundo o Considerando 38 do RGPD, “as crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais”.



Resultado de uma nova abordagem face ao que constava da anterior Diretiva 95/46/CE, a norma visa acautelar a vulnerabilidade dos menores de 16 anos. A sua aplicação levanta, no entanto, um conjunto de questões, sobretudo a propósito dos nativos digitais, indivíduos que acompanharam de perto a evolução tecnológica, estão hoje permanentemente conectados e encaram a Internet como uma extensão do espaço social, onde promovem uma continuidade entre a identidade física e a identidade virtual através da permanente difusão de dados pessoais (John Palfrey e Urs Gasser, 2008:5). Ou seja, os nativos digitais, que coincidem pelo menos parcialmente com o âmbito de proteção da norma, tendem a dominar mais as tecnologias do que os titulares das responsabilidades parentais, sobre quem impende o consentimento.

Assim, sempre que a vulnerabilidade das crianças o justifique, o responsável pelo tratamento deve envidar “todos os esforços adequados para verificar que o consentimento foi dado ou autorizado pelo titular das responsabilidades parentais”, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 9.º do RGPD.

#### **4. Conclusão**

A privacidade constitui a principal preocupação nas relações de mercado na Sociedade da Informação (Ana Clara Azevedo de Amorim, 2017:496). Na verdade, a comunicação comercial suscita agora maioritariamente um problema de tratamento de dados pessoais. Ora, na medida em que este tratamento se situa a montante da própria emissão de mensagens com finalidade promocional, os mecanismos de garantia introduzidos pelo RGPD – nomeadamente, ao nível do consentimento do titular dos dados pessoais – não inviabilizam o exercício da liberdade publicitária do anunciante, ao contrário do que se verifica tradicionalmente nas restrições ao conteúdo e à forma da publicidade.

Em suma, apesar de se anteverem dificuldades na sua aplicação nos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros, o RGPD constitui, num contexto de globalização económica e acentuada evolução tecnológica, um instrumento essencial à proteção dos destinatários da comunicação comercial

personalizada com recurso a sistemas automáticos de monitorização dos comportamentos de navegação na Internet e sobretudo às tecnologias biométricas.

### **Referências bibliográficas**

- Amorim, Ana Clara Azevedo de (2017). *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*. Coimbra: Almedina.
- Belleil, Arnaud (2002). *@-Privacidade*. Lisboa: Instituto Piaget.
- Canavan, Cavan (2014), *The Future of Biometric Marketing*, disponível em <https://techcrunch.com/2014/12/21/the-future-of-biometric-marketing>, consultado em 15 de maio de 2017.
- Gomes, Carla Amado (2010). “Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 19-34.
- Härtig, Niko (2008). “Datenschutz im Internet”, *Computer und Recht*, 743-748.
- López Jiménez, David (2010). “El bluetooth como herramienta de publicidad móvil: a propósito de la conveniencia de incentivar la autorregulación”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 59-94.
- Palfrey, John; Gasser, Urs (2008). *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*, Nova Iorque: Basic Books.
- Pouillet, Yves (2008). “Pour une troisième génération de réglementations de protection des données”, AA.VV., *Défis du droit à la protection à la vie privée*, Bruxelas: Bruylant, 25-70.
- Reis, José Luís (2013). *Personalização no Marketing. Sistemas e Tecnologias de Informação*. Lisboa: Centro Atlântico.

---

## CONTORNOS ATUAIS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOMÉSTICO

---

**SIDNEY GUERRA<sup>1</sup>**

**THIAGO OLIVEIRA MOREIRA<sup>2</sup>**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil)*

*Universidade do País Vasco (Espanña)*

### SUMARIO

1 Introdução. 2 Breves Aspectos do Controle de Convencionalidade Doméstico. 3 Os Tribunais Latino-Americanos e o Controle de Convencionalidade. 4 O Exercício do Controle de Convencionalidade no Brasil. 5 Conclusão. 6 Referências Bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da UFRJ. Doutor e Mestre em Direito (UGF). Professor Associado da UFRJ. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela UPV/EHU-ES e pela UC-PT. Mestre em Direito pela UFRN-BR e UPV/EHU-ES Professor Adjunto da UFRN. Membro do Conselho Nacional da ABDI.

## 1 INTRODUÇÃO

A relação entre o direito internacional e o estatal está, nos dias atuais, totalmente vinculada a como a jurisdição nacional aplica os atos normativos provenientes do sistema jurídico internacional.

É nesse cenário que o controle de convencionalidade<sup>3</sup> interno serve como instrumento para garantir uma aplicação qualificada não só das mencionadas normas, mas também das decisões emanadas de cortes e tribunais internacionais de direitos humanos.

No âmbito latino-americano, não se deve afirmar que os tribunais nacionais seguem um rígido parâmetro de exercício do controle de convencionalidade. Nem poderiam, pois cada ordem jurídica estatal ainda guarda suas particularidades no que concerne à relevância do direito internacional dos direitos humanos<sup>4</sup> e aos mecanismos processuais para os quais a aplicação das normas internacionais possa ocorrer.

Nesse contexto, o presente artigo, ainda que de forma sucinta e após estabelecer os principais aspectos do controle de convencionalidade no âmbito doméstico, descreverá algumas experiências em matéria do citado controle, no âmbito de tribunais latino-americanos, com destaque para o (ainda) incipiente exercício por parte de tribunais brasileiros.

## 2 BREVES ASPECTOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOMÉSTICO

O Controle de Convencionalidade surgiu de modo doméstico. Essa assertiva pode ser justificada com a simples análise da decisão n. 74-54, proferida pelo *Conseil Constitutionnel*, na França. Entretanto, atravessou o Atlântico e encontrou considerável desenvolvimento na jurisprudência

3 A propósito, *vide* GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

4 GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79: “O direito internacional dos direitos humanos tem por objeto o estudo do conjunto de regras jurídicas internacionais (convencionais ou consuetudinárias) que reconhecem aos indivíduos, sem discriminação, direitos e liberdades fundamentais que assegurem a dignidade da pessoa humana e que consagrem as respectivas garantias desses direitos. Visa à proteção das pessoas pela atribuição direta e imediata de direitos aos indivíduos pelo Direito Internacional, direitos esses que se pretendem também ver assegurados perante o próprio Estado.

da Corte IDH. Nesse contexto, eis que houve uma interamericanização do controle de convencionalidade, pois do seu nascedouro doméstico, passou a ser exercitado no âmbito da jurisdição interamericana.

É bem verdade que, no início, o exame de compatibilidade entre o direito estatal e o interamericano dos direitos humanos não recebeu o nome “controle de convencionalidade”. Como é por demais sabido, após a menção em votos separados do Juiz García Ramírez, a Corte IDH, em 2006, no julgamento do Caso Amonacid Arellano, para além de utilizar a terminologia “controle de convencionalidade”, considerou que dito controle, primariamente, deveria ser uma incumbência dos Estados.

Dessa forma, vê-se que coexistem duas espécies de controle de convencionalidade: o doméstico e o interamericano. Como o objeto desse escrito é o primeiro, passa-se a definir as suas linhas gerais.

O controle de convencionalidade doméstico consiste numa sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos. Partindo desse conceito básico, torna-se necessário esclarecer algumas questões.

Primeiro, dito controle possui a natureza de “garantia”, ou seja, trata-se de um instrumento à serviço da proteção dos direitos humanos internacionalmente consagrados.

Segundo, seu resultado não necessariamente irá definir que uma norma internacional seja prevalente em determinado caso, pois, os direitos fundamentais previstos na ordem jurídica interna, caso eles sejam mais favoráveis a tutela da pessoa humana (princípio *pro persona*), devem ter primazia. Portanto, o exercício do controle de convencionalidade independe da hierarquia que o Estado atribui as normas internacionais em matéria de direitos humanos.

Terceiro, quaisquer normas estatais, incluindo as constitucionais e decisões judiciais, estão sujeitas ao controle de convencionalidade doméstico. Desse modo, leis em abstrado e até mesmo omissões legislativas podem ser objeto do citado controle.

Quarto, o bloco de convencionalidade doméstico é mais amplo que o interamericano, uma vez que composto também pelas normas emanadas do sistema onusiano.

Quinto, segundo o atual entendimento da Corte IDH (que já mudou inúmeras vezes), compete a todos os órgãos e poderes do Estado exercerem o controle de convencionalidade.

Sexto e último, já que são breves aspectos, os efeitos da declaração de inconvencionalidade dependem do órgão que a proclamou. Em sede de jurisdição constitucional, haverá invalidação da norma estatal com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Se por outros órgãos dotados de jurisdição, *inter partes*. Por fim, se realizado por autoridades sem jurisdição (controle fraco), não há que se falar em invalidação, mas sim em interpretação conforme, ou seja, afasta-se somente a interpretação incompatível.

Feitas tais considerações sobre o controle de convencionalidade doméstico, passa-se a um breve estudo sobre experiências de alguns tribunais latino-americanos com o exercício do citado controle.

### 3 OS TRIBUNAIS LATINO-AMERICANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Apesar de encontrar-se ainda em consolidação e com certas dificuldades, muitos tribunais latino-americanos vêm exercitando o controle de convencionalidade. Diante dessa realidade, eis que alguns podem ser apontados como bons exemplos no que concerne a aplicação da presente garantia. Nesse contexto, passa-se a uma breve descrição do exercício do controle de convencionalidade do âmbito dos tribunais argentinos e chilenos.

Na Justiça argentina, muito embora os posicionamentos tenham variado ao longo do tempo, algumas decisões são evidentes exemplos de exercício do controle de convencionalidade. A *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN), principalmente nos casos Mazzeo (2007), Videla (2010), Rodríguez Pereyra (2012) e A.D.D (2014), entendeu que é dever dos juízes exercerem o controle de convencionalidade<sup>5</sup>.

No Chile, não se pode falar em referências expressas ao controle

<sup>5</sup> Para uma análise mais detida, vide: MOREIRA, Thiago Oliveira. **A concretização do direito interamericano dos direitos humanos pela justiça argentina: overruling na Suprema Corte de Justiça da nação**. In: Irene M<sup>a</sup> Portela; Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga. (Org.). PARADIGMAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL ATUAL. 1ed. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, p. 397-406.

de convencionalidade por parte do Tribunal Constitucional. Apesar disso, é nítida a utilização do dito controle de modo implícito, ou seja, atrelado ao de constitucionalidade, pois em certas oportunidades, o citado Tribunal reconheceu que os tratados internacionais fazem parte do bloco de constitucionalidade, bem como que a normativa nacional deve ser interpretada à luz dos mesmos, como se pode vislumbrar nos casos que tratam da prisão civil por dívida (sentenças 519-2006 e 807-2007), direito à identidade (sentença 1340-2009), migrações (sentença 2273-2013), competência da Justiça Militar (sentenças 2493-2013 e 2492-13<sup>6</sup>).

Para além da atuação do Tribunal Constitucional chileno, vale destacar que o exercício do controle de convencionalidade encontra-se mais amadurecido no âmbito da Corte Suprema do Chile, como se pode observar da leitura dos casos *Secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez* (2004), *Antilef* (2005), *Molco* (2006), *Rudy Cárcamo Ruiz* (2012), *Promolinks* (2014)<sup>7</sup> e *Carvajal Empaques* (2014).

Louvados os exemplos acima, alguns tribunais estatais seguem resistindo ao exercício do controle de convencionalidade, como é o caso de Tribunais dominicanos, uruguaios e venezuelanos.

Com relação à Venezuela, sob a égide da Constituição de 1961 e depois da ratificação da CADH e dos “Pactos de 66”, a Corte Suprema de *Justicia* exerceu o controle de convencionalidade (implícito) ao anular normas consideradas violatórias de direitos previstos na CADH, como foi a *Ley de Vagos y Maleantes*. Nesse caso, vê-se que o controle de convencionalidade restou atrelado ao de constitucionalidade, tendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e a CADH, após o devido reconhecimento

6 Nesse sentido, *vide*: NÚÑEZ DONALD, Constanza. **Control de Convencionalidad: teoría y aplicación en Chile**. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, n. 60, 2015. Ainda: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Los estándares de derechos humanos y el control de convencionalidad en el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional chileno en su jurisprudencia de 2014**. In.: *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 1, 2015.

7 AGUILAR CAVALLA, Gonzalo. **Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile**. In.: *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 2016, 9, p. 144.

como normas executáveis, sido utilizadas como parâmetro<sup>8</sup>.

Com a Constituição de 1999, em que pese o art. 23 preceituar que os tratados em matéria de direitos humanos possuem hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, desde que mais favoráveis, a *Corte Suprema de Justicia*, na Sentença 1492, proferida em julho de 2003, considerou que não são exigíveis os conteúdos das sentenças emanadas de tribunais internacionais. Nesse contexto, caberia a Sala Constitucional do Tribunal Supremo determinar que normas de direitos humanos podem ou não prevalecer na ordem jurídica interna<sup>9</sup>.

Em 2008, a mais alta corte venezuelana, ao analisar a ação de interpretação da sentença proferida pela Corte IDH no Caso *Aptiz Barbera* contra Venezuela, afirmou, dentre outras coisas, que as sentenças do tribunal interamericano não são executáveis e devem se adequar ao ordenamento jurídico interno. Com efeito, esse posicionamento foi reiterado em 2011, na Sentença 1.547, quando do controle inominado de constitucionalidade da sentença ditada no Caso *López Mendoza* contra Venezuela. Em 2012, dito Tribunal desconhece de plano as decisões da Corte IDH e as considera inexecutáveis. Por fim, em setembro de 2015, a Sala Constitucional, ao avaliar a decisão da Corte IDH proferida no Caso *Granier* e outros (RCTV) contra Venezuela, reafirmou o seu entendimento de que tais sentenças são inexecutáveis, por serem contrárias a Constituição<sup>10</sup>.

Ainda que a análise das decisões do mais alto tribunal venezuelano tenha sido feita de forma breve, pode-se afirmar que o controle de convencionalidade, muito embora já tenha existido de modo implícito e atrelado ao de constitucionalidade, não mais subsiste nos dias atuais, mesmo a Constituição venezuelana conferindo hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.

---

<sup>8</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El Concepto de Convencionalidad. Vicisitudes para su Construcción Sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ideas fuerza rectoras.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pg. 255.

<sup>9</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, *Ob. Cit.*, pg. 256.

<sup>10</sup> SANTOFIMIO GAMBOA. *Ob. Cit.*, pg. 256 - 261.



#### 4 O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Embora se possa afirmar que o Supremo Tribunal Federal exerceu controle de convencionalidade implícito no RE 466.343-SP, ao considerar a previsão legal para prisão do depositário infiel como contrária à CADH, o presente escrito irá se concentrar no posicionamento mais recente do Superior Tribunal de Justiça.

Em 15 de dezembro de 2016, a 5ª Turma do STJ, ao julgar por decisão unânime o Recurso Especial (REsp.) nº 1.640.084-SP, adotou o entendimento do Min. Ribeiro Dantas (Relator), no sentido de que o crime de desacato é inconvenional<sup>11</sup>.

Quanto aos fatos, conforme consta do relatório do acórdão, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) condenou um indivíduo pela prática, dentre outros, do delito de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal.

O recorrente alegou que a previsão normativa do crime de desacato no ordenamento jurídico brasileiro viola o art. 13 da CADH. Dessa forma, o fato seria atípico e o crime não existiria. Para tanto, fundamentou sua pretensão no posicionamento da Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Subprocuradoria-Geral da República, de forma elogiável, emitiu parecer favorável em relação ao argumento da incompatibilidade do delito de desacato quanto ao art. 13 da CADH, fundamentando sua posição com base no entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na prevalência da CADH em caso de “colisão” com o direito interno e no reconhecimento do status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Com efeito, para o Ministério Público Federal, resta inviabilizada a condenação por desacato em virtude da sua incompatibilidade com o art. 13 da CADH.

Adentrando especificamente no voto do Min. Ribeiro Dantas, observa-se que foram trazidos os argumentos do TJSP para negar

---

<sup>11</sup> Uma parte dos argumentos aqui trazidos já foi defendida em: MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Exercício do Controle de Convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas**. In.: Revista FIDES, 15 ed., v. 8, n. 1. Natal: 2017, pg. 99 – 103.

provimento à apelação. Em síntese, alegou a Corte paulista que a abolição de qualquer tipo penal somente poderia ocorrer por meio de lei; que o delito de desacato não é incompatível com a CADH; e, por fim, que a previsão do desacato insere-se na hipótese de responsabilidade ulterior, nos termos do item 2 do art. 13 da CADH.

Rebatendo os argumentos acima, o Min. Ribeiro Dantas afirmou que os artigos iniciais da CADH estabelecem a obrigação de respeitar os direitos, bem como o dever de adotar as disposições de direito interno, destacando que incumbe ao Estado adotar medidas legislativas ou de outra natureza para solucionar eventuais antinomias normativas, além de tornar efetivos os direitos e liberdades consagrados no Sistema Interamericano. No mais, foram invocadas as normas de interpretação previstas no art. 29 da mencionada convenção internacional.

Logo após trazer à baila os dispositivos da CADH, o que é elogiável por si só, o Relator passou a lembrar de que o STJ e o STF já reconheceram o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, que a hipótese de conflito entre norma interna e a CADH acarreta na invalidação do direito estatal e não em sua revogação. Assim, vê-se que o magistrado admite a sindicância de compatibilidade vertical entre a norma estatal e o DIDH.

Ao passar à análise dos dispositivos em confronto, art. 13 da CADH e art. 331 do CP, o Relator destaca o posicionamento da CIDH, que atesta a prevalência do art. 13 da CADH, notadamente por meio do Relatório sobre a Compatibilidade de Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1995), bem como o Caso “Palamara Iribarne”, em que a Corte IDH condenou o Chile, afirmando que a imputação do crime de desacato violou o direito à liberdade de expressão. Além disso, robusteceu os seus argumentos ao referenciar a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão.

Talvez um dos poucos pontos polêmicos da decisão em análise seja o fato do voto afirmar que “as recomendações da CIDH assumem força normativa interna”. O Min. Ribeiro Dantas fundamenta a assertiva com base no Caso “Loayza Tamayo”, no princípio da boa-fé, assegurado pela

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, e na doutrina de André de Carvalho Ramos. Nesse ponto, há corrente em sentido contrário<sup>12</sup>, cujos principais argumentos são a ausência de fundamento na CADH e a inexistência de previsão na Constituição.

Em suma, a decisão em comento é um exemplo claro de exercício do controle de convencionalidade por parte do STJ e de reconhecimento do dever de aplicação qualificada dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Judiciário brasileiro.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, algumas pontos conclusivos merecem ser sistematizados:

1. Os Estados ao se tornarem signatários de tratados internacionais de direitos humanos e, neste particular, a Convenção Americana, geram para si um dever, qual seja, o de adequar sua legislação e jurisdição interna para que estas estejam em consonância com as normas externas e com a jurisprudência da Corte Interamericana;
2. O controle de convencionalidade doméstico consiste numa sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos;
3. As normas violadoras ou potencialmente violadoras aos direitos humanos devem ser julgadas e estar sujeitas ao crivo do controle de convencionalidade;
4. O instituto do controle de convencionalidade doméstico tem se desenvolvido junto aos tribunais latino-americanos que de maneira gradativa, mas firme, tem estabelecido entendimento favorável aos direitos inerentes à pessoa humana;
5. Dos exemplos de exercício doméstico do controle de convencionalidade examinados, conclui-se que alguns órgãos jurisdicionais optam por realizar dito controle de forma explícita, enquanto que outros o atrelam ao de constitucionalidade (forma implícita). Porém, há casos em que o controle em tela é completamente ignorado, lamentavelmente.

---

<sup>12</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **El control de convencionalidad y sus problemas**. In.: *Pensamiento Constitucional*, n° 20, 2015, p. 135 - 160.

**6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. **Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile.** In.: Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), 2016, 9.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **El control de convencionalidad y sus problemas.** In.: Pensamiento Constitucional, nº 20, 2015, p. 135 - 160.
- GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.
- GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MOREIRA, Thiago Oliveira. **A concretização do direito interamericano dos direitos humanos pela justiça argentina: overruling na Suprema Corte de Justiça da nação.** In: Irene M<sup>a</sup> Portela; Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga. (Org.). PARADIGMAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL ATUAL. 1ed. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, p. 397-406.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Los estándares de derechos humanos y el control de convencionalidad en el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional chileno en su jurisprudencia de 2014.** In.: Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 1, 2015.
- NÚÑEZ DONALD, Constanza. **Control de Convencionalidad: teoría y aplicación en Chile.** Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, n. 60, 2015.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El Concepto de Convencionalidad. Vicisitudes para su Construcción Sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ideas fuerza rectoras.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

---

**RETOS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA POSTMODERNIDAD – RAZONES DE LA INFERTILIDAD HUMANA Y LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

---

**JOÃO PROENÇA XAVIER<sup>1</sup>**

*Universidad de Salamanca – (España)*

---

<sup>1</sup> Post Doctorando “Derechos Humanos en Perspectiva Comparada Brasil España”. Institución: IURJ- INSTITUTO UNIVERSITÁRIO RIO DE JANEIRO y UNIVERSIDAD DE SALAMANCA. Becario de la FUNDACIÓN GENERAL DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA / CEB -CENTRO DE ESTUDIOS BRASILEÑOS de la UNIVERSIDAD DE SALAMANCA. Doctor por la Universidad de Salamanca Especialista en Derechos Humanos / Derecho Comparado/ Medicina de la Reproducción y Derecho Biomédico. Institución: UNIVERSIDAD DE SALAMANCA - España - [joao.proenca.xavier@usal.es](mailto:joao.proenca.xavier@usal.es) - Miembro del Instituto Jurídico Portucalense – IJP de la Universidad Portucalense Infante D. Henrique, Porto - Portugal; Investigador FCT Integrado en CEIS 20 Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX – UNIVERSIDAD DE COÍMBRA – Portugal; Jurisconsulto en parecería con [FAF Sociedade de Advogados, SP, RL](#); Abogado - Miembro Fundador del OEHD – Observatório de Especialidade em Direitos Humanos del Consejo Regional de Coímbra del Ilustre Colegio de Abogados Portugueses.

La Organización Mundial de la Salud define la Infertilidad Humana<sup>2</sup> como “*la ausencia de concepción después de por lo menos dos años de relaciones sexuales sin protección.*”<sup>3</sup>

Estudios realizados en el Reino Unido muestran que uno de cada siete hogares presentan dificultades para concebir un hijo; así se indica que un número de 80 millones de parejas tienen problemas de infertilidad en todo el mundo actual, estimándose que el número de parejas con problemas de concepción sea de 250 a 500 mil solo en Portugal.<sup>4</sup>

Según Alberto Barros “... *a fertilidade sempre foi fundamental para a sobrevivência das populações e, por isso, socialmente aceite e encorajada, a infertilidade era, ao contrário, considerada como uma doença vergonhosa, até mesmo uma maldição dos deuses, que era necessário conjurar com rituais religiosos e mágicos, sendo sobretudo a mulher quem, em regra, era inculpada e muitas vezes desprezada, odiada e maltratada pela circunstância de não ter filhos.*”<sup>5</sup>

Hablando de infertilidad tenemos que recordar sus factores, que pueden ser absolutos o relativos; en el primer caso, hablamos de *esterilidad*: resoluble solo con el recurso a las técnicas de reproducción médicamente asistida y, según el caso, hablamos de *hipo fertilidad*: que puede ser resoluble con recurso a técnicas de terapéutica tradicionales.

Señalemos que a la imposibilidad de la pareja de concebir se llama

2 Véase: Granã Barcia, M. “Regimen Jurídico – Privado de la Reproducción Asistida en España – El proceso legal de reformas” Coordinación Díaz Martínez A., Dykinson, Madrid 2006, pág. 61/ss. Véase: Hidalgo Ordás, M. “Análisis jurídico – científico del concebido artificialmente”, Bosh, Barcelona 2002, págs. 27 /ss. Sobre sujetos de las técnicas de reproducción asistida, véase: Romero Casabona, C.M. “El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana”, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid 1994, pág. 244/ss.

3 Véase: Conselho Nacional de ética para as Ciências da Vida, “Relatório Sobre Reprodução Medicamente Assistida” 3 /CNE/93.

4 Véase Caja: “Infertilidade” de la Presidente de la Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução en “Diário de Notícias”, de 21 de Junio de 2012, pág. 11 cit.: “A Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução estima que em Portugal existam 500 mil casais inférteis. Ou seja: cerca de 9% dos casais. Essa incapacidade de reprodução – em 40% dos casos – è tanto da mulher como do homem. São menos comuns os casos em que a infertilidade apenas é da responsabilidade de um dos membros do casal. A maioria das mulheres perde parte da capacidade de engravidar aos 28 anos. Mas é aos 35 que a fertilidade feminina desce a pique...”

5 Cit: Prefácio de Moutinho, Sandra. “Tudo por um filho – Viagem ao mundo da infertilidade em Portugal”, D. Quixote, 2004.

*infertilidad primaria* y a las dificultades de reproducción presentadas por los que ya hayan tenido un o dos hijos o tengan sucesivos abortos se llama *infertilidad secundaria*.

De cualquier modo, hasta hoy era común pensar en la infertilidad como un problema que era culpa de la mujer, pero en realidad apenas un tercio de los casos está ligado a causas vinculadas a la mujer, el otro tercio a causas ligadas al hombre y el último tercio está ligado a causas desconocidas.

Pero desde tiempos antiguos<sup>6</sup> existen variadas patologías directamente asociadas con la infertilidad, que afectan tanto a hombres como a mujeres: malformaciones y problemas congénitos con el aparato reproductor femenino, *low sperm count* o semen con insuficiencia de espermatozoides o con su vitalidad disminuida, impotencia masculina, eyaculación precoz, eyaculación retrógrada, vaginismo, tumores vaginales, obesidad extrema.

También existen otras causas indirectas como son: infecciones como la clamidia, síndrome del ovario poli quístico, endometriosis, cirugías con influencia en el aparato reproductor femenino, otras patologías que pueden determinar futuros problemas de infertilidad son la diabetes, la epilepsia, problemas en la tiroides, paperas, etc.

Según Rafael Reis, en el Reino Unido se estima que 20 por ciento de las mujeres tienen problemas para la obtención de su gravidez debido a problemas hormonales, luego los problemas hormonales ocupan un papel importante entre las causas de infertilidad. Muchas veces estos desequilibrios biológicos tienen solución con el uso de farmacología adecuada.<sup>7</sup> Pero en realidad, son más los casos en los que es preciso utilizar las técnicas médicas de procreación médicamente asistida (PMA).<sup>8</sup>

6 Cit.: Bíblia Sagrada...: "Génesis" Capítulo XVI, Versículos 1-4: "Sarai disse a Abrão: "Visto que o Senhor fez de mim uma estéril, peço-te que vás ter com a minha escrava. Talvez, por ela, eu consiga ter filhos". Abrão aceitou a proposta de Sarai. Então Sarai mulber Abrão, tomou Agar, sua escrava egípcia, e deu-a por mulher a Abrão, seu marido, depois Abrão ter vivido dez anos na terra de Canaã. Ele abeirou-se de Agar e ela concebeu..."

7 Vale e Reis, R. "O Direito ao conhecimento das Origens Genéticas", Coimbra Editora, Coimbra 2008 pág.329/ss.

8 Idem) Vale e Reis, R., Cap. IV "5. Principais técnicas de combate à infertilidade humana" op. Cit.: pág. 331/ss"

Así el Maestro Rafael Reis, también Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra, define a título esquemático el conjunto de las nuevas técnicas de PMA más utilizadas actualmente.

### **La inseminación o fecundación artificial (IA)**

*“LA, consiste numa transferência mecânica de espermatozóides (através de cateter), objecto de recolha e tratamento prévios destinados a seleccionar os mais saudáveis (embora também se possa utilizar “sêmen fresco”), para o interior do aparelho genital da mulher. A IA pode ser intravaginal, intracervical, intra-uterina, intraperitoneal ou intrafalopiana (neste último caso, pela sua complexidade, a técnica pode ser autonomizada noutra categoria...)”* Para Rafael Reis, y bajo el punto de vista médico, la I. A. es una técnica simple, también físicamente fácil para la mujer, es una recogida con selección de espermatozoides y su colocación en el cuerpo de la mujer pero, según este autor de Coímbra, esta técnica va muchas veces acompañada por *“estimulación hormonal del aparato reproductor femenino a través de fertility drugs (esprays nasales o medios intravenosos) para facilitar la liberación de ovocitos y aumentar las posibilidades de éxito de la fecundación.”* Según el mismo autor la I. A. esta indicada para situaciones de infertilidad por causas psicológicas o por problemas de *Low sperm count* –masculinas–, bien como por reacciones femeninas adversas al semen, o por problemas ligeros de ovulación o de esterilidad masculina en el caso de la inseminación heteróloga. La inseminación artificial puede ser definida como homóloga o heteróloga.

- a) Inseminación artificial homóloga, donde la mujer es inseminada con semen de su marido o, en las concepciones más actuales, con semen de su pareja de hecho.
- b) Inseminación heteróloga, donde la mujer, recibe donación<sup>10</sup> de semen de un tercero, semen que está normalmente crio-conservado para ese fin, aquí el ovocito también puede ser donado por una tercera persona externa a la pareja, pero las técnicas son más difí-

9 Cit. (idem) Vale e Reis, R. “...Véase Vale e Reis R. “O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas” pág. 334.

10 Cit (idem).



ciles que para la donación de espermatozoides.

En este caso, la problemática es más completa, como lo demuestra también la duda pertinente del propio Vale e Reis, R. (1º parágrafo de la nota de pie de página 760) *“Tem sido discutida a questão da designação do sujeito que fornece o material biológico (sêmen, ovócitos ou até o próprio embrião) a uma clínica (em regra) ou a qualquer outra entidade, para futura utilização em técnicas heterólogas. Deverá aquele designar-se doador uma vez que intervém como parte num contrato de doação (atenta a normal gratuidade do acto) celebrado com a entidade receptora do material biológico ou com os beneficiários? Deve antes designar-se por dador (sendo o acto de fornecimento designado por dádiva ou dação), por não ser possível enquadrar o fenómeno no âmbito de uma doação, dada a ausência de um verdadeiro animus donanti? E se aceitarmos o esquema da doação, podemos considerar o contrato celebrado como um contrato a favor de terceiro...”*

### **La fecundación o fertilización *in vitro* (FIV)**

Técnica preferida en los casos de infertilidad por causas desconocidas. Según Vale e Reis R. las tasas de éxito de esta técnica están entre los 20% y 30% en cada ciclo de tratamiento. Esta técnica está indicada médicamente para casos de mujeres sin ovulación espontánea o con obstrucción de las trompas de Falopio. Véase Vale e Reis R. *“O Direito ao conhecimento das Origens Genéticas”* pág. 335 sobre nuevas técnicas en FIV: *“Mais recentemente tem-se desenvolvido, no âmbito da FIV, a designada “natural cycle IVF”, que apresenta a particularidade de nela se proceder à fertilização do único óvulo produzido no respectivo ciclo mensal, portanto, sem estimulação hormonal da produção de ovócitos. Tem a vantagem de evitar os efeitos secundários das fertility drugs e diminuir o risco de gravidezes múltiplas. Por outro lado, permite mais facilmente a repetição do tratamento em caso de insucesso, dado que não obriga a um período de repouso, como acontece após a utilização dos fármacos referidos.”*

Seguida de la transferencia de embriones (FIVETE), es un técnica de fecundación de ovocitos en una caja de *Petry*, fuera del cuerpo de la mujer,

estos son aspirados o (son ovocitos de donante)<sup>11</sup> que después de fecundados son reimplantados ya como embriones en el cuerpo de la mujer.

Normalmente esta técnica empieza 1. Con tratamiento hormonal para control de la producción de ovocitos, su maduración es: 2. Monitorizada bajo la utilización de ultra sonido, cuando están maduros: 3. La recogida se hace por monitorización de ultra sonido o a través de un corte en el abdomen de la mujer para la recogida por laparoscopia, se hace: 4. La recogida de semen (homologa) o el tratamiento del semen congelado (heteróloga) y por fin después: de 5. La fertilización en el *Petry* de vidrio se hace la 6. Implantación del embrión en el útero de la mujer.

### **Inyección intracitoplásmica (ICSI)**

Técnica donde se inyecta con una jeringa, con punta muy fina, un solo espermatozoide en el interior del *citoplasma* del óvulo, siguiéndose los pasos de la fertilización *in Vitro*.<sup>12</sup>

### **Transferencia intrafalopiana de gametos (GIFT)**

Técnica invasiva del cuerpo de la mujer, donde es necesario hacer una incisión en el abdomen de la paciente, beneficiaria del tratamiento, para proceder a la transferencia de los ovocitos y de los espermatozoides por las trompas de Falopio para producir la fecundación.<sup>13</sup>

### **Transferencia intrafalopiana de Zigotos (ZIFT)**

Técnica que implica una previa fecundación *in vitro*, y aplicación de la misma técnica intrafalopiana que la anterior, de introducción en las trompas de la mujer, pero la transferencia de los ovocitos tiene determinado tiempo

11 También puede ser homóloga o heteróloga.

12 Cit. Vale e Reis, R. “*O Direito ao conhecimento das origens genéticas*”, pág. 335 “*A micro-injeção intracitoplásmica integra uma categoria mais ampla onde se devem incluir todos os métodos de auxílio directo à fertilização do óvulo, nos quais a fertilização é directamente provocada, nomeadamente por métodos invasivos do ovócito. Todos estes métodos são, depois, seguidos da transferência dos embriões obtidos.*” (Negrilla y subrayado nuestros). Fue usada por primera vez en 1992, Véase Vale e Reis (idem) pág. 335 in fine. Técnica indicada para casos de grave infertilidad masculina, ex.: “Low sperm count”.

13 También puede ser homóloga o heteróloga.

de cultivo y está en una fase de fecundación ovocitaria con 2 pronúcleos.<sup>14</sup>

### **Transferencia intrafalopiana de embriones (TET)**

Técnica que implica también una previa fecundación *in vitro*, y la aplicación de la mismas técnicas intrafalopianas de introducción en las trompas de la mujer, mencionada antes, pero, para el soporte de la transferencia, los ovocitos tienen un tiempo de cultivo más maduro y están en una fase de fecundación ya embrionaria con, por lo menos, 2 blastómeros.<sup>15</sup> Transferencia también efectuada por celioscopia o laparoscopia, con anestesia general. Al final de ambas técnicas podrán ser necesarios tratamientos hormonales.

### **El diagnóstico genético preimplantatorio (DGPI)**

Técnica practicada en algunas clínicas y que implica la realización de exámenes de genética a los embriones antes de transferirlos al cuerpo de la mujer, para saber si son posibles portadores de características genéticas susceptibles de generar problemas genéticos hereditarios y enfermedades de esta naturaleza. Normalmente es una técnica practicada en embriones con 3 días de desarrollo.<sup>16</sup>

Esta técnica presenta muchos problemas éticos con respecto a la elección de las enfermedades que puedan originar la dispensa o no aceptación del referido embrión; esta técnica, aunque aceptada por la inglesa “*Human Fertilización and Embryology Authority*” y con recomendación positiva de su Comisión de Ética para su utilización, no deja de ser muy contestada por la comunidad médica y jurídica internacional por tener características eugenésicas.<sup>17</sup>

14 Transferencia efectuada por celioscopia o laparoscopia, con anestesia general. Véase: Vale e Reis, R. (idem) pág. 336/337.

15 Véase (idem).

16 Véase: Vale e Reis, R. (idem) pág. 340. Véase la Exposición de Motivos (*in fine*) de la Ley 14/2006: “*El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar pre embriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo.*” [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/114-2006.html#cpi](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-2006.html#cpi) (Consultada en 14/09/2014)

17 Véase: Vale e Reis, R. pág. 340 Cit.: “*A Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), entidade que no Reino Unido regula a utilização das técnicas de PMA, anunciou em*

Solo falta hablar, en términos de técnicas reproductivas, del polémico Clonaje Reproductivo<sup>18</sup> que daría *per se* para una otra tesis, y del que intencionadamente solo hablamos aquí de forma resumida porque no forma parte directamente de nuestra problemática, además es una cuestión ya muy estudiada en la actualidad, por su importancia determinante en el planteamiento Ético de las cuestiones en torno a las Técnicas de PMA con enfoque en la análisis de las nuevas fronteras de la biomedicina que aquí plantean nuevos desafíos a la protección de los derechos humanos, como indicamos en lo resumen diste artículo.

En breve nota, Rafael Reis, indica que, esta técnica consiste en la transferencia al ovocito enucleado de núcleos de células somáticas maduras/adultas, genéticamente reprogramadas y revertidas al estado embrionario.

## En conclusión

Según el médico portugués y Profesor Jubilado de Medicina, Daniel Serrão,<sup>19</sup> antiguo Presidente de Consejo Nacional de Ética, “*Os problemas éticos e jurídicos da investigação em embriões humanos aumentaram com a possibilidade de cultivar células humanas pluripotentes obtidas em embriões humanos excedentários e com a descoberta de que o artefacto técnico resultante da transferência de um núcleo de uma célula diferenciada de um adulto para um ovócito sem núcleo, da mesma espécie, pode comportar-se in vitro como um embrião e, nalgumas espécies, desenvolver-se, in vivo e in útero, como um embrião, possibilitando, raras vezes, o nascimento de um ser vivo da mesma espécie. Este ser vivo é constituído a partir de um conjunto de genes, já existentes e já actuantes no ser vivo do qual a célula diferenciada foi extraída – e por isso se lbe*

---

*Maio de 2006 aceitar a recomendação da sua Comissão de Ética no sentido de admitir o DGPI com o objectivo de despistar mutações genéticas que envolvam um risco elevado de cancro da mama, dos ovários e do intestino, o que não deixou de suscitar inúmeras críticas por parte da comunidade científica e jurídica, que vêem nessas decisões laivos de um eugenismo reprovável.”*

18 Véase sobre el tema: Bellver Capella, V. “CLONAR? Ética y Derecho ante la Clonación Humana. Capítulo Tercero: “Clonación Humana y Derechos Humanos” Comares, Granada 2000, pág.80/ss.

19 President (Chairman) of the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus (from 1997 to 2008).

chama “clone” (termo já dicionarizado, usado neste contexto com o sentido de cópia).<sup>20</sup>

A pesar de ser una técnica eficaz entre las de reproducción asistida, el *clonaje* es muy criticado mundialmente<sup>21</sup> por la comunidad científica y jurídica, por las dudas éticas que plantea, dado que es una técnica que posibilita la creación de un embrión humano sin que resulte de material genético de un hombre y una mujer (ni de la junción de los gametos) como sucede con otras técnicas.<sup>22</sup> En las palavras del malogrado Médico y Professor Portugués Daniel Serrão: “Quanto ao uso dos embriões excedentários para colheita das células stem., a reflexão ética tem seguido as mesmas linhas do que foi apresentado para a investigação em geral, dando como adquirida a proibição de criar embriões humanos apenas para os usar em investigação. Pelo contrário, o uso da transferência nuclear de células somáticas diferenciadas, do adulto, para obtenção de células stem. pluripotentes cria problemas novos, científico-técnicos e ético-sociais, além de agudizar uma forma de manipulação da opinião pública, à qual começa a chamar-se “política de linguagem””.<sup>23</sup> Así quedó claro aquí, en las palabras del Catedrático portugués de Anatomía Patológica, experto en *Ética de la Vida*, Premio Nacional de Salud de 2012, Estimado Profesor Daniel Serrão, trágicamente desaparecido en Enero de 2017, que la biomedicina actual y las respuestas de las técnicas de reproducción asistida, nos colocan nuevos retos científico-técnicos / ético – sociales, que también en nuestra opinión, nos plantean desde aquí, nuevos desafíos actuales y hodiernos a la protección de los de-

20 Véase: Serrão, D. “Livro Branco – Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica”, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, Lisboa 2003, pág. 27.

21 Véase: El Artículo del Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Mora Mateo, J.H, “La Clonación en Mamíferos y en Seres Humanos: Aproximación Jurídica.” En *Cuadernos de Bioética* 1999/3º pág. 495/ss. Y también Nadia Hidalgo, S.: “Clonación y reproducción en serie de seres humanos ¿una alternativa del s. XXI?” *Derecho y Genoma Humano*, 4-96, p. 57.

22 Véase: Romeo, Casabona, “¿Límites Jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación”. *Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, 6-1997, pág. 21/ ss. Y Para una amplia aproximación jurídica a las diversas técnicas de clonación, véase: Higuera, Guimerá, “Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos” *Derecho y Genoma Humano*, 2-95, pág. 95.

23 Véase: Serrão, D. “Livro Branco – Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica”, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, Lisboa 2003, pág. 27/ss.

rechos humanos...en lo futuro.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, F., “El Diagnóstico Genético Embrionario y Eugenesia: Un Reto para el Derecho Sanitario”, in *Derecho y Salud*, 15, 2007.
- ABELLÁN, F., “El Estatuto jurídico del Embrión en España: De la ley de reproducción de 1988 a la Clonación Terapéutica de nuestros Días”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 28, 2008.
- ALKORTA IDIÁKEZ, I., “Regulación jurídica de la medicina reproductiva”: *derecho español y comparado*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- ALONSO BEDATE, C., “Terapia Genética”, in *Genética Humana. Fundamentos para el Estudio de los Efectos Sociales de las Investigaciones sobre el Genoma Humano*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BB, Bilbao, 1995.
- ALVARENGA, RAQUEL DE LIMA SOARES, “Considerações sobre congelamento de embriões”, *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, págs. 229 -247.
- ÁLVAREZ DÍAZ, J. A., “A El Estatus Biológico del Embrión Humano. Nuevas Repercusiones Bioéticas y Bio – jurídicas”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2008.
- ANDORNO, R., “¿ El Derecho Europeo ante las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana: Primacía de la Técnica o Primacía de la Persona?”, in *Derecho y Persona*, 1993.
- ANTUNES, MARIA JOÃO, “Procriação Medicamente Assistida: Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- ARA PINILLA, I., “El concepto de Derechos Fundamentales”, in *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1994.
- ARA PINILLA, I., “Las Transformaciones de los Derechos Humanos”, Tecnos, Madrid, 1994.

- ARCHER, LUÍS, “Desafios da Nova Genética”, Brotéria, Lisboa, 1992.
- ARCHER, LUÍS, “Terapia Genética Humana”, in *Ética y Biotecnología*, (Javier Gafo Ed.), Publicaciones Universidad Pontificia de Comillas, 1993.
- ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA, “*Questões de Bioética*”, Vol. II, Procriação Medicamente Assistida, Utilização do Embrião, Coleção Temas 1, 1992.
- ASSOCIAÇÃO PARA O PLANEAMENTO DA FAMÍLIA, “Desafios à saúde sexual e reprodutiva e compromissos com o desenvolvimento”, *Assembleia da República*, Lisboa, 2005.
- BARBOSA, H. HELOÍSA, “Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida”, *Grandes Temas de actualidade Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, 2004, págs. 153 – 168.
- BELLIVER CAPELLA, V., “¿ Clonar? Ética y Derecho ante la Clonación Humana”, Almedina Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida, Ministerio de Sanidad y Consumo y Editorial Comares, Madrid – Granada, 2000.
- BELLIVER CAPELLA, V., “Las Intervenciones Genéticas en la Línea Germinal Humana y el Horizonte de un Futuro Posthumano”, in *Biotecnología, Dignidad y Derecho: Bases para un Diálogo*, Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004.
- BISCAIA, J., “O casal e a fecundidade”, *Novos desafios à Bioética*, Porto Editora, Porto, 2001.
- CAMARA AGUILA, M., “Sobre la constitucionalidad de la Ley de técnicas de reproducción asistida (Comment. SRC. 116/1999 de 17 de Junio)”, in *Derecho Privado y Constitución*, nº 3, págs. 117 -148.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*”; J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- CAPELLA BELVER, V., “*Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*”; Colmares, Granada, 2000.

- CARDOSO DA COSTA, J., “*Engenbaria genética - genética e pessoa humana - notas para uma perspectiva jurídica*”, *Genética e Pessoa Humana*, 1991.
- CASA DA MOEDA – IMPRENSA NACIONAL, “*Direito da Medicina – Legislação Consolidada, Jurisprudência, Pareceres*”, INCM, Lisboa, 2014.
- CONSEIL DE L’EUROPE, “*Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale*”, Dossier sur les Droit de L’Homme, 7, Strasbourg, 1985.
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA-*Constitución y Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- CORTINA, ADELA, “*Bioética y Nuevos derechos humanos*”, in *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1994.
- COUNCIL OF EUROPE, STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS, “*Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction*”- (2001), Edited by Vayena, Effy/Patrick, Rowe/Griffin, David, in: <http://whqlib-doc.who.int/hq/2002/9241590300.pdf> (10/08/2009).
- CUADERNO DE DERECHO JUDICIAL XI, “*Legislación sobre Reproducción Asistida: Novedades*”, *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2007.
- GAFO, J., “*Procreación humana asistida: Aspectos técnicos éticos y legales*”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.
- GODAY VÁZQUEZ, M. OLAYA, “*Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*”, Dykinson S.L, Madrid, 2014, 1ª Edición.
- GUIMARÃES, ANA PAULA, “*Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente assistida*”, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- IDIÁKEZ ITIZIAR, ALKORTA, “*Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva – Derecho Español y comparado*”, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- LEMA ANÓN, C., “*Some Problems of Legal Regulation on Human Repro-*



- duction: The Case of Human Cloning”, in *Human Ecology Special Issue*, 12, 2004.
- LLEDÓ YAGUE F, “*Fecundación Artificial y Derecho*”, Tecnos, Madrid, 1991.
- MERINO JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ, “*A Ética y derechos humanos en la era biotecnológica*”, Dykinson, S.L, Madrid, 2008.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Aspectos Jurídicos da Procriação Medicamente assistida”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, Dezembro, Lisboa, 1989.
- OLIVEIRA GUILHERME DE, “Um Caso de Selecção de Embriões”, *Lex Medicinæ*, 1, 2004.
- OLIVEIRA GUILHERME DE, “Beneficiários da Procriação Assistida” *Temas de direito da medicina*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 31 – 58.
- OLIVEIRA GUILHERME DE, “O direito civil em face das novas técnicas de investigação genética”, *Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad autónoma de Madrid, Derecho y Genética. Un Reto de la sociedade del Siglo XXI*, número extraordinário, 2006, Págs. 149 – 162.
- OSSWALD, WALTER, “As Técnicas de procriação medicamente assistida com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga)”, *Cadernos de Bioética, Revista Portuguesa de Bioética*, nº 40, Abril, 2006, págs. 7 – 11.
- PANTALÉON, FERNANDO, “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, nº15, 1993, págs. 129 – 160.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., “Investigación Científica (Capítulo V)”, *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina – Su entrada en Vigor en el Ordenamiento Jurídico Español*”, (Carlos Romeo Casabona ed.) Editorial Comares Bilbao- Granada, 2002.
- PÉREZ LUÑO A.E, “*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*”, Tecnos, Madrid, 1984.

- PÉREZ LUÑO A.E, “Las Generaciones de Derechos Fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, 1991.
- PÉREZ LUÑO A.E, “*La Tercera Generación de Derechos Humanos*”, Aranzadi, Navarra, 2006.
- ROMERO CASABONA, C., “*El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*”, Ramón Aceres, Madrid, 1994.
- ROMERO CASABONA, C., “*El Convenio de Derechos humanos y Biomedicina - Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*”, Comares, Bilbao-Granada, 2002.
- ROMERO CASABONA, C., “La Constitución Europea, un núcleo de los Derechos Humanos de la Medicina y la Biología”, *Revista Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano 2, nº 3, Coimbra, 2005, págs. 5 – 8.
- ROMERO CASABONA, C., (ED.) “La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 24, enero/julio 2006, págs. 75/ss.
- RUIZ – CALDERÓN J.M. SERRANO, “*El Rectos jurídicos de la Bioética*”, Ediciones Internacionales Universitarias, S.A, Madrid, 2005.
- SANTOS, AGOSTINHO ALMEIDA, “Procriação Medicamente Assistida – Limites e Valores”, *Genética e Pessoa Humana*, 1991, págs. 31 – 37.
- SANTOS, AGOSTINHO ALMEIDA, “Procriação Medicamente Assistida – possibilidades e potencialidades”, *Do início ao fim da Vida*, Braga, 2005, págs. 103 - 111.
- SERRÃO D., *Livro Branco* “Um protocolo anexo à Convenção de Bioética para a protecção do embrião e do feto”, *A Ética e o Direito ao início da Vida Humana*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2001, págs. 189 – 196.

- SERRÃO D., *Livro Branco* “Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica”, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, Lisboa, 2003.
- SERRÃO D., *Livro Branco* “Que Estatuto para um Clone Humano?” *Boletim da Ordem dos Advogados*, 24/25, 2003.
- SILVA PAULA MARTINHO E COSTA MARTA, “ *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*”, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer, Lisboa, 2011.
- SILVESTRE MARGARIDA, “*Embriões Excedentários – Entre a técnica, a lei e a ética*” Coimbra Editora, Coimbra, 2015.
- TORRE JAVIER DÍAZ, (EDITOR), “*Pasado, Presente y Futuro de la Bioética española*”, Comillas, Madrid, 2011.
- VALE E REIS, R., “*O direito ao conhecimento das origens genéticas*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- XAVIER, JOÃO PROENÇA, “*Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentários en la Reproducción Medicamente Asistida*”, Tesina Doctorado “*Pasado y Presente de Los Derechos Humanos*”, Salamanca, 2012.



---

**EL COMPORTAMIENTO DE LOS *STAKEHOLDERS* COMO  
PARÁMETRO DE CONTROL JURÍDICO SOBRE LOS RIESGOS  
NANOTECNOLÓGICOS**

---

**DANIELA PELLIN<sup>1</sup>**  
**WILSON ENGELMANN<sup>2</sup>**  
*UNISINOS (BRASIL)*  
**FÁBIO DA SILVA VEIGA<sup>3</sup>**  
*Universidad de Alcalá (españa)*

---

<sup>1</sup> Doctoranda en Derecho Público. Miembro del Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq/Brasil). Becaria CAPES/PROEX. Máster en Derecho de la Sociedad de la Información/FMUSP. Profesora. Abogada. Investigadora.  
Email: daniela.pellin@terra.com.br.

<sup>2</sup> Doctor e Máster en Derecho Público da UNISINOS. Coordinador-Adjunto da Pos-Graduación en Derecho UNISINOS. Coordinador Ejecutivo Máster en Abogacía Negocial y Empresarial en UNISINOS. Líder del Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq). Becaria por productividad máxima da CAPES. Abogado.  
E-mail: wengelmann@unisininos.br.

<sup>3</sup> Profesor de Derecho Mercantil en el Máster en Abogacía de la Universidad Europea de Madrid. Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad de Vigo. Investigador de Derecho Mercantil con Beca DPE/CAPES (Brasil) en la Universidad de Alcalá, Madrid – bajo la dirección del Prof. Dr. Vicenç Ribas Ferrer. Email: fabio.da@edu.uah.es

## SUMARIO

Introducción. 1. El protagonismo de los *stakeholders* en la gestión eficiente de los riesgos nanotecnológicos. 2. Performance en la gestión por influencia del consumidor. Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

La utilización de las nanotecnologías en el entorno empresarial está siendo aplacada por la necesidad de innovación y rentabilidad a través de la economía de los costos de las transacciones. El contexto global en el que se introducen estas innovaciones conlleva el país a la condición de elevada competitividad e industrialización. Sin embargo, la investigación se justifica ante los riesgos nanotecnológicos no medidos por métodos científicos. Por lo tanto, es importante aprovechar las estructuras de gestión.

El Derecho está fuera de la agenda de construcción micro y macroeconómica en lo que se refiere a la exploración nanotecnológica. Para la gestión eficiente de los riesgos del desarrollo, se tiene como hipótesis, ser imprescindible la cooperación entre las empresas y los agentes externos, con el fin de aparcar la construcción del sistema jurídico con varias competencias para confirmar así la hipótesis de desarrollo socio- Económico sostenible. Para ello, el método sistémico-constructivista, de carácter interdisciplinario, es hábil para llegar a los resultados pretendidos por la hipótesis. La técnica de investigación pasa por la recolección de datos y la revisión bibliográfica.

### **1. El protagonismo de los *stakeholders* en la gestión eficiente de los riesgos nanotecnológicos**

El desarrollo de estructuras moleculares y atómicas a partir de los cambios posibles por las nanotecnologías han revolucionado el universo de la industria, bienes y servicios. Todos los sectores vienen siendo aplacados por las innovaciones nanotecnológicas, y en este sentido, el contexto brasileño no es diferente.

Sin embargo, aunque mucho está siendo invertido en transformación, procesos y creación tecnológica, todo el fruto de ese desarrollo se da en nombre del apalancamiento económico. Es importante subrayar porque todo ese proceso desarrollista y hábil a la maximización económica, se enfrenta a la plaza pública del mercado, siendo toda la sociedad alcanzada y afectada por tales resultados.

Si en el ámbito interno de la empresa las nanotecnologías son factores extremadamente positivos, desde la economía con los medios de producción y el resultado económico satisfactorio a ser compartido entre los socios; En el conglomerado social de las personas, hay la preocupación con los riesgos, ante la poca o casi ninguna investigación científica que demuestre los parámetros de nanotoxicología en humanos y medio ambiente.

Entonces, ¿cómo conciliar esos intereses si, aparentemente, son conflictivos? ¿Qué puede hacer el Derecho para promover el desarrollo y asegurar la sociedad?

El panorama sistémico en que se encuentra el desarrollo y la exploración nanotecnológica está concentrado en las áreas científicas de la química, física, biología, farmacia e ingeniería de materiales. Estos investigadores entienden que las alteraciones moleculares por nanotecnología son otro de los procesos de desarrollo, a ejemplo de tantos otros componentes que vienen descritos en la composición formulada de los productos.

Sin embargo, los datos advierten a otro aspecto en que hay necesidad de mejor atención por las áreas de la nanotoxicología y del propio Derecho, como ciencia.

Es de esa reflexión que surge para la sociedad el deber de interferir directa o indirectamente en la adopción de esa política de desarrollo. Por supuesto, el objetivo no es atascar el desarrollo, sino, sí, protegerlo, de tal forma que el engranaje del sistema social, del cual empresa, gobierno, sociedad y universidad son partes integrantes sea posible.

Se plantea entonces la necesidad de la intervención de los *stakeholders* en la gestión del desarrollo y los riesgos derivados de las nanotecnologías. Este lenguaje se utiliza comúnmente en la administración de las empresas.

Uno de los objetos de observación de la ciencia de la administración empresarial es el comportamiento de la sociedad. Aquí es donde interesa la investigación. La sociedad puede y debe participar activamente en la gestión nanotecnológica.

La palabra *stakeholder* no es muy utilizada en el sistema jurídico, aunque es el guardián de los intereses que ella representa: determinada categoría de accionistas, empleados, proveedores, clientes, comunidad, gobierno, sociedad, competidores, medio ambiente<sup>4</sup>. Pero, es un sustantivo muy usado y comprendido en el contexto micro y macroeconómico de las empresas, ya sean nacionales, multinacionales o transnacionales; Pequeñas o grandes. También es frecuentemente usada para representar intereses ante organismos internacionales, pues, retrata colectividad de persona o del medio ambiente a ser protegido. Es sustantivo que se contrapone a otro: *shareholder*, que representa los intereses de los agentes económicos internos a las empresas, de manera general: los socios y determinada categoría de accionistas.

Al decir de Husni, parafraseando a Robert Freeman, los define como “todo grupo o individuo que influye en la corporación y es influenciado por ella” [...]. Se destaca que “en un nivel macro, se puede decir que la humanidad compone la categoría de *stakeholders* de una empresa, ya que las acciones e iniciativas de la corporación pueden sacudir (influnciar) a toda una comunidad, en el tiempo presente o en el futuro”. (HUSNI: 2007, p. 44)

En este sentido, el papel de los *stakeholders* en la conformación de la gestión del desarrollo y de los riesgos nanotecnológicos tiene un papel fundamental y estructural, incluso, para la conformación jurídica de derechos y deberes entre todos los involucrados, dentro y fuera de la empresa, especialmente, Todo el ciclo de vida de un producto fabricado con base nanotecnológica, hasta su descarte.

Es posible, así, comprender que la participación de los *stakeholders*

---

<sup>4</sup> Véase VEIGA, Fábio da Silva. “El gobierno de las sociedades y los derechos humanos de los stakeholders”. In: Miranda Gonçalves, Rubén (Coord.), *Derechos humanos y juventud*, Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2015.



en la gestión de las nanotecnologías representa un círculo virtuoso de comportamientos que emancipen el bien, considerados recíprocamente, como la posibilidad de intercambio entre los involucrados que permean toda la cadena de desarrollo social y económico, El comportamiento social, como un todo.

Los *stakeholders*, más allá de la posición de destinatarios de todo desarrollo, son quienes mantienen la supervivencia de la empresa, a depender de la calidad de la gestión de esta frente a los diversos intereses externos, ya sean directos o indirectos, pero que, de alguna forma interactúan con el desempeño económico de la empresa y que sobre ella ejercen influencia en la toma de decisiones estratégicas. Por lo tanto, los *stakeholders* son agentes externos conformadores de la gestión de la empresa.

Este tipo de comportamiento social en relación a las empresas nacionales todavía camina a pasos lentos, en Brasil, pues, depende, después de la Constitución Federal de 1988, de que las personas se organicen para ser representadas. Pero, aún así, las interferencias de los *stakeholders* ya se hacen sentir en el ambiente empresarial nacional en la mina de las nanotecnologías.

El Instituto Brasileño de Geografía y Estadísticas (IBGE, 2016), en el Informe PINTEC 2014, sobre Investigación de Innovación, llama la atención al informar que la cooperación de los *stakeholders* en la gestión y en los procesos decisorios, fueron Identificados como proveedores, Clientes y consumidores. Se consideraron de extrema relevancia en la gestión empresarial: en el segmento de la industria, prevalecieron los proveedores: el 76,5% de las empresas innovadoras los apunta como de relevancia alta o media en la cooperación; El segundo agente más relevante fueron los clientes o consumidores, indicados por el 59,4% de las empresas innovadoras industriales.

Señala el informe que la cooperación se entiende como de fundamental importancia para la innovación, ya que las empresas aisladamente pueden tener - no raro - dificultades para reunir todas las competencias necesarias para aplicar nuevos productos o procesos. La

cooperación está marcadamente más presente en segmentos de mayor contenido tecnológico, dada la complejidad tecnológica relativamente mayor de sus productos y procesos. Los bajos niveles de cooperación pueden reflejar patrones que apuntan a la concentración en actividades más sencillas de innovación.

Con estos indicadores de desarrollo nanotecnológico, queda a las empresas que están involucradas en las innovaciones nanotecnológicas adoptar frentes corporativos ciudadanas para el crecimiento económico sostenible, entre ellas, la de organizar externamente, un ambiente favorable de comunicación e interacción con los *stakeholders* para gestionar mejor el desarrollo y los riesgos nanotecnológicos.

El perfil de la empresa que decide a partir de los intereses, entre otros, de los *stakeholders* adopta como premisas de decisión en la actividad económica: **a)** discrecionalidad, comprendida como la empresa que adopta, voluntariamente, como un marco estratégico, contribuir con la comunidad, la calidad de vida y con patrones económicos de racionalidad limitada; **b)** Ética, cuya dimensión extrapola el cumplimiento de obligaciones meramente legales, pero se autoriza por principios y estándares determinados por los *stakeholders* para evitar daños; **c)** económica, cuyo primado de la producción y de la rentabilidad son factores determinantes en el cumplimiento transparente de las obligaciones ante socios y accionistas, a fin de retornar inversiones; **d)** legal, por el respeto a las leyes y reglamentos incorporados al desempeño económico, se incluye aquí, cumplimiento a las legislaciones del consumo, ambientales, salud humana, animal y vegetal.

En cambio, se plantean las preguntas: ¿vale para la empresa invertir en compromisos con los *stakeholders*? ¿Cuáles serían las ganancias y las pérdidas para las empresas que tendrían como cooperadores en la gestión del desarrollo y de los riesgos nanotecnológicos a los *stakeholders*?

La primera respuesta puede ser construida positivamente a partir del retorno social institucional, como se demuestra en el ciclo de intercambios y virtualidad anteriores, que ocurre cuando la mayoría de los consumidores privilegia la actitud de la empresa de invertir en acciones

sociales y el desempeño de la empresa obtiene el reconocimiento público. La empresa, que se ha convertido en una de las empresas más importantes en el mercado, se ha convertido en una de las principales empresas del sector. Nuevos mercados e incrementa sus ventas (LOURENÇO; SCHRÖDER: 2003, p.100).

Las ganancias se verifican a partir de la valorización de la imagen y del aumento de las ventas con el fortalecimiento y fidelidad a la marca por los *stakeholders*; El aumento del interés por los accionistas e inversores con vistas a la valorización de la empresa por la sociedad y el mercado; El retorno publicitario generado por los medios espontáneos; En tributación, debido a las posibilidades de exenciones fiscales en ámbito federal, estadual y municipal para empresas patrocinadoras o, en proyectos; En productividad y personas, por el mayor empeño y motivación de los empleados; en ganancias sociales, por los cambios conductuales de la sociedad.

## 2. Performance en la gestión por influencia del consumidor

Para demostrar el resultado de la performance de la gestión por la respuesta social, en Brasil, las actitudes valoradas por el consumidor se resumen, por la investigación abajo en demandas por atención al otro, al conjunto colectivo.

Tabla 1: Datos sobre la respuesta positiva del consumidor.

¿Cuál de las siguientes actitudes de una empresa le estimularía a comprar más sus productos ya recomendarla a sus amigos?		
A)	Contratación de discapacitados físicos	46%
B)	Colabora con escuelas, puestos de salud y entidades sociales de la comunidad	43%
C)	Mantiene programas de alfabetización para funcionarios y familiares	32%
D)	Adopta prácticas efectivas de lucha contra la contaminación	27%
E)	Mantiene un excelente servicio de atención al consumidor	24%
F)	Cuida que sus campañas publicitarias no coloquen a las personas en situaciones embarazosas, prejuiciosas o abusivas	23%
G)	Apoya campañas para la erradicación del trabajo infantil	22%

H)	Mantiene programas de aprendizaje para jóvenes en la franja de 14 a 16 años	20%
I)	Realiza campañas educativas en la comunidad	16%
J)	Contrata a ex detenidos	15%
K)	Participa de proyectos de conservación ambiental en áreas públicas	9%
L)	Libera a sus empleados en el expediente comercial para ayudar en acciones sociales	8%
M)	Promueve eventos culturales	6%

Fuente: Investigación Ethos, Valor Económico e Indicador de Opinión Pública (LOURENÇO; SCHRÖDER: 2003)

Las pérdidas se pueden medir cuando las empresas adoptan comportamientos no éticos. Las empresas involucradas en nanotecnologías deben entender que la gestión también debe estar afinada con tales preceptos, sin socavar la excusa de que el tema de la nanotecnología representa sólo una tecnología creada para el mejoramiento de los procesos productivos y de innovación.

Por lo tanto, es posible considerar las pérdidas, de antemano, por una cuestión de breve tiempo, por las empresas no éticas, especialmente, los consumidores brasileños que, aunque no emancipados políticamente, lo son en la esfera de los derechos del consumidor, pues tienen la exacta noción del poder y el impacto transformador de su acto de consumo y “hace sus elecciones teniendo en cuenta las actitudes sociales y ambientales adoptadas por las empresas” (LOURENÇO; SCHRÖDER: 2003, p.109). Así, la información recolectada apunta en el sentido de que los consumidores brasileños sancionan a las empresas no éticas.

Tabla 2: Datos sobre la respuesta negativa del consumidor

¿Cuál de estas actitudes de la empresa haría que usted no volviera jamás a comprar sus productos o usar sus servicios?

a)	propaganda engañosa	49%
b)	ha causado daños físicos o morales a sus trabajadores	43%
c)	Colaboró con políticos corruptos	42%
d)	vendió productos nocivos para la salud de los consumidores	32%

e)	Coloca a mujeres, niños y ancianos en situaciones embarazosas en sus propagandas	32%
f)	Utiliza mano de obra infantil	28%
g)	Polución del medio ambiente	27%
h)	Sonega impuestos	22%
i)	Provoca el cierre de pequeños empresarios regionales / locales	13%
j)	Subyugó agentes públicos	11%

Fuente: Investigación Ethos, Valor Económico e Indicador de Opinión Pública (LOURENÇO; SCHRÖDER, 2003)

Por lo tanto, el protagonismo de los *stakeholders* es indudable. Para cerrar la cuenta de desarrollo seguro y responsable es necesario que las empresas involucradas en este entorno de riesgo gestionen de forma segura. Estos agentes deben componer la agenda como cooperadores. En el comportamiento de los agentes externos la conformación jurídica. Una vez considerados, los compromisos asumidos entre accionistas y *stakeholders* pueden tener la fuerza jurídica necesaria para conformar todo el sistema social para aprovechar la modernidad tardía en un ambiente responsable y sostenible.

## Conclusiones

En breves líneas, los indicadores muestran que es posible conciliar los intereses económicos, desarrollistas y sociales. Los intereses sólo son conflictivos cuando los poseedores de los medios de producción, del conocimiento y del poder económico de decisión asolan el suelo social de las personas, de los consumidores, de los empleados, del medio ambiente.

El anhelo del poder y del dinero en conflicto con el desarrollo sostenible, pues las conductas gerenciales y decisivas así adoptadas no tienen en cuenta el papel de los *stakeholders* como valor económico agregado y conformador. Este movimiento de sostenibilidad y de responsabilidad es mundial. No hay más como escapar de ese sistema global porque el engranaje es único y sistémico. Las conductas empresariales que se toman en territorio nacional afectan, en cadena, territorios extranjeros, para el

bien o para el mal. Entonces, los intereses deben ser convergentes para la promoción de la riqueza social efectiva.

El derecho, como intermediario y conformador social, también puede contribuir asegurando la efectividad y obligatoriedad de los compromisos firmados entre accionistas y *stakeholders*, no más por la normatividad, sino sobre todo por las obligaciones voluntarias asumidas bajo la fuerza constitucional.

### **Bibliografía**

- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE (2016). Pesquisa de Inovação 2014. Rio de Janeiro: Embrapa, 2016. Disponible en:  
[http://www.pintec.ibge.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=45&Itemid=12](http://www.pintec.ibge.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=45&Itemid=12). Acesso 31 jan. 2017. (s.d.). Accedido en 31 de marzo de 2017
- HUSNI, Alexandre. *Empresa socialmente responsável. Uma abordagem jurídica e multidisciplinar*. Quartier Latin. São Paulo: verão, 2007.
- LOURENÇO, Alex G.; SCHRÖDER, Déborah de S. Vale investir em responsabilidade social empresarial? Stakeholders, ganhos e perdas. *In Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. vol. II. Instituto Ethos. Peirópolis. São Paulo: 2003.
- SCROUR, Robert. *Ética Empresarial. O ciclo virtuoso dos negócios*. 3º ed. Elsevier. Rio de Janeiro: 2008.
- VEIGA, Fábio da Silva. “El gobierno de las sociedades y los derechos humanos de los stakeholders”. In: MIRANDA GONÇALVES, Rubén (Coord.), *Derechos humanos y juventud*, Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2015.

---

**INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS  
HUMANOS DO MERCOSUL (IPPDH): REFLEXOS DA  
MUNDIALIZAÇÃO NO ESTADO A PARTIR DO CONTEXTO  
REGIONAL**

---

**MILTON GUILHERME DE ALMEIDA PFITSCHER<sup>1</sup>**

*Universidade Federal de Santa Maria (Brasil)*

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal/ Brasil)*

**VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO<sup>2</sup>**

*Universidade Federal de Santa Maria (Brasil)*

- 
- 1 Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Superior Verbo Jurídico, Mestrando em Direitos Emergentes na Sociedade Global pela Universidade Federal de Santa Maria.
- 2 Professora do Programa de Pós-Graduação “Stricto Sensu” - Mestrado em Direito – da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Coordenadora do Núcleo de Direito Constitucional (NDC) da UFSM, com bolsa de fomento do CNPQ/CAPES – Edital Chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES – n.º 07/2011

**SUMÁRIO**

1. Introdução 2. Das reconfigurações do Estado na sociedade contemporânea: soberania e pluralismo normativo. 3. A mundialização sob a perspectiva dos direitos humanos. 4. Políticas públicas em direitos humanos, do nacional ao regional: IPPDH. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

**1. INTRODUÇÃO**

Este artigo se propõe a apresentar os resultados parciais da pesquisa de mestrado que estuda o impacto da mundialização dos direitos humanos nas políticas públicas criadas e aplicadas pelo Estado brasileiro, no contexto da sociedade em rede. Nesse aspecto, o presente estudo tem como objetivo específico analisar o surgimento do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul como um possível impacto de uma ordem jurídica pós-nacional.

Para que se possa observar os impactos da mundialização sobre o funcionamento das políticas públicas estatais, de antemão, é preciso ressignificar a própria noção tradicional de Estado, pois este enfrenta uma transição paradigmática, especialmente pela relação espaço-tempo gerada pela mundialização. Com a abertura do Estado a redes político-normativo transnacionais, pergunta-se: qual a interferência da mundialização, a partir da perspectiva dos direitos humanos, na formulação e consecução das políticas públicas?

Assim, a compreensão do Estado na sociedade contemporânea passa pela averiguação das reconfigurações conjunturais envolvendo a mundialização, na perspectiva dos direitos humanos. Nesse contexto, sob o viés da atuação em concreto do Estado na ordem social, estuda-se o instrumento de cooperação regional (Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul - IPPDH), a fim de demonstrar de que maneira o Estado tem se organizado para garantir tais regras.

Esse estudo busca investigar cientificamente, através de uma pesquisa bibliográfica, de que formas o Estado tem enfrentado as “normatividades pós-nacionais”, esboço de uma ordem jurídica mundial, tendo por base, especificamente, os direitos humanos e as formas de



efetivação destes na perspectiva das políticas públicas.

Em outra perspectiva, havendo uma clara conexão entre uma normatividade pós-nacional e o Estado através da Constituição, instrumento que assegura e resguarda a atuação em concreto dessa entidade na ordem social e econômica, objetiva-se tratar da teoria das políticas públicas, sob a lente dos direitos humanos, considerando estes como a mola propulsora de uma ordem jurídica mundial.

Por fim, alinhavando-se a ideia de um Estado ressignificado por uma soberania pós-nacional, e o impacto da mundialização dos direitos humanos sobre este ente, avaliar-se-á a criação do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos no âmbito do Mercosul como um possível reflexo dessa normatividade pós-nacional.

## **2. DAS RECONFIGURAÇÕES DO ESTADO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: SOBERANIA E PLURALISMO NORMATIVO**

Os problemas enfrentados localmente são, em grande parte, repercutidos mundialmente, assim como problemas mundiais repercutem localmente de maneira rápida e contundente. Assim, as severas ameaças à segurança humana (pobreza, guerra, terrorismo, degradação ambiental, armas de destruição em massa) invocam uma cooperação multinacional, pois não conhecem fronteiras, sendo impossível a qualquer governo superar as referidas ameaças individualmente.

Guerras, democracias em risco, ameaças totalitárias, problemas migratórios em massa, violência e ódio atestam a ineficácia do modo de organização da sociedade contemporânea. Ao mesmo tempo, percebe-se a clara existência de uma sociedade em rede, na qual há uma suplantação do espaço e invalidação do tempo que interferem diretamente no modo de viver das pessoas e na forma como o Estado se relaciona com os seus cidadãos.

Para Ferrajoli, em face do processo de integração econômica que caracteriza a globalização, e do crescimento dessa interdependência planetária gerada pela ameaça aos bens ecológicos, crise da soberania, deslocamento de grandes empresas, dever-se-ia criar uma esfera pública

global, à altura desses novos poderes privados e transnacionais. Para o autor, não existem alternativas racionais a um futuro de violência e catástrofes que não a construção da esfera pública planetária, que seja heterônoma e capaz de assegurar, de um lado, imunidade dos bens personalíssimos e comuns de apropriação e devastação e, por outro lado, distribuição de todos aos bens sociais (2011, p. 82).

Em razão dos mencionados fluxos, percebe-se a existência inequívoca de uma estrutura social baseada em redes, que são interconectadas por marcos normativos que se entrecruzam em diversos ordenamentos jurídicos, nacionais e não nacionais. Para Castells, uma estrutura social baseada em redes é um sistema altamente dinâmico, pois redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, apropriadas para a economia capitalista baseada na inovação, globalização e concentração descentralizada, e para uma organização social que vise a suplantação do espaço e invalidação do tempo (2016, p.554).

Dentro dessa sociedade em rede, o cenário internacional encontra-se tomado por atores públicos e privados, nacionais e não nacionais, que convivem em uma ordem jurídica e política atravessada por tecnologias de informação e diversas formas de dominação. Nesse complexo contexto, o Estado ainda é um ator fundamental no emaranhado de relações sociais, econômicas e culturais, mas a sua estrutura e forma de atuação passa por revoluções.

Os tradicionais elementos formadores do Estado (povo, território e soberania) são redesenhados: a intensa movimentação migratória esfaca a homogeneidade do povo, assim como a virtualidade das relações que suplanta o espaço territorial nacional; a abertura e o fechamento de fronteiras, conforme interesses biopolíticos, desconfiguram o território; e a soberania absoluta que reinou até a metade do século XIX, no pós segunda guerra mundial, sofre mudanças bruscas em favor de marcos normativos globais de proteção aos direitos humanos.

O fenômeno do pluralismo jurídico impõe uma alteração profunda na soberania estatal, sendo entendido como a possibilidade de

produção normativa não apenas pelos Estados, mas também por entes não estatais, como as organizações supranacionais e as entidades privadas. A ideia de monopólio estatal na produção normativa, fulcrada na legalidade, esbarra nas normas não estatais, como, por exemplo, na implementação de política estatal de comércio exterior, na qual a Organização Mundial do Comércio estabelece grande parte do arcabouço normativo obrigatório sobre o tema (LOUREGA DE MENEZES, 2016).

A multiplicidade de fontes formais do direito gera normas jurídicas que são válidas e vinculantes, quebrando-se a unidade do ordenamento jurídico estatal. As normas transestatais, internacionais (estatais) e globais (transestatais e híbridas) se incorporam aos ordenamentos dos países. Os sistemas jurídicos – assim como o poder executivo, legislativo e judiciário - têm de conviver com uma diversidade de forma e conteúdo, o que acaba por ressignificar o próprio conceito de legalidade.

Nesse aspecto, é possível encontrar ainda o fenômeno da internormatividade, que advém das normas técnicas e normas de gestão, que também fazem parte desse novo espaço normativo. Em razão da força dos fatos, e exigências de campos muito específicos do mundo globalizado (internet, meio ambiente, contratos internacionais, propriedade industrial), ganham relevância os objetos normativos não identificados – ONNI (FRYDMAN, 2016). Essa internormatividade nasce historicamente limitada a partir da segunda guerra mundial e se institucionaliza em nível internacional nas décadas seguintes (as normas do ISO têm origem na década de 40 e desempenharam papel fundamental na criação de instituições de normalização integradas para favorecer o desenvolvimento da economia e dos mercados) (FRYDMAN, 2016).

Ao lado de normas de produção, que vão garantir a qualidade dos produtos comercializados globalmente, disseminam-se as normas de gestão, que impõe uma nova administração às empresas, mas que se expandem a atividades e serviços públicos, interferindo diretamente na forma como o Estado se organiza. Uma nova administração pública se apresenta, na busca do aumento de rendimento e qualidade de serviços

públicos (FRYDMAN, 2016).

Os dispositivos de avaliação e controle (indicadores) são utilizados no campo da democracia e dos direitos humanos, sendo uma das metas do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul a sua utilização, como forma de avaliar e garantir a aplicabilidade dos direitos humanos no contexto regional.

O enfraquecimento do princípio da legalidade, em razão de novas instâncias de regulação, atinge, também, o próprio papel garantista da Constituição. Isso porque, na mesma proporção que se multiplicam as instâncias produtoras de direito e as fontes de normatividade - e se deslocam os centros de decisão -, a Constituição e sua efetividade é posta em dúvida, assim como a soberania do Estado e seu ordenamento jurídico (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, P. 57).

Contudo, havendo um pacto social implícito que torna a figura do Estado ainda imprescindível à organização espaço-temporal global, este tem que dar conta dessa multiplicidade normativa, especialmente através da ressignificação de suas funções e órgãos estatais. Nesse ponto, Bolzan de Moraes afirma existir atualmente uma soberania pós-moderna, calcada na multiplicidade e dispersão de centros normativos e de poder, não se caracterizando mais como um poder irrestrito:

Falar em soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem (...) Mas, ao lado de tais circunscrições, outras assumem relevância. Nesse viés, pode-se apontar, além dos vínculos criados pelo Estado Constitucional, a crise do Estado em apresentar-se tradicionalmente como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional e ator supremo no âmbito

do espaço territorial de um determinado ente estatal nacional. O que se percebe neste movimento é que, ao lado do aprofundamento democrático das sociedades, o que ocasionou um descompasso entre a pretensão de um poder unitário e o caráter plural das mesmas, ocorre uma dispersão nos centros de poder (BOLZAN DE MORAIS, 2011a, p.29-30).

Bolzan de Moraes ainda afirma, a partir do estudo de Gustavo Zagrebeky, que a corrosão da noção de soberania se dá a partir de quatro vertentes distintas, porém não excludentes, quais sejam: o pluralismo político-social interno, que se opõe à própria ideia de soberania e de sujeição; a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado que operam no campo político, econômico, cultural e religioso, frequentemente em dimensões totalmente independentes do território estatal; a progressiva institucionalização de “contextos” que integram seus poderes em dimensões supraestatais, subtraindo-os à disponibilidade dos Estados particulares e, a atribuição de direitos aos indivíduos, os quais podem fazê-los valer perante jurisdições internacionais em face dos Estados a que pertencem (2011a, p. 34).

Nesse ponto, Bolzan de Moraes também aponta que as comunidades supranacionais, ou espaços regionais, igualmente impõem uma nova lógica às relações do Estado, especialmente nas relações internacionais, atingindo a pretensão de uma soberania descolada de vínculos, limitações ou comprometimento recíproco (2011a, p. 30). Há, portanto, uma radical alteração nos poderes do próprio Estado em razão dessas estruturas de caráter supranacional, seja quanto à aplicação de normas jurídicas de direito internacional sujeitas a Cortes de Justiça supranacionais, seja quanto à efetivação de direitos humanos.

Luño destaca que um dos traços informadores dos Estados constitucionais de direito é a supraestatalidade normativa, fenômeno que

coloca os valores próprios deste ente com uma vocação universalista e cosmopolita. Para o autor, a supraestatalidade normativa requer a adoção de valores, princípios ou regras comuns dentro de ordenamentos diferentes, através da aceitação de estrutura normativa de organizações internacionais ou supranacionais, com o reconhecimento implícito de valores ou normas que, inicialmente, teriam âmbito de aplicação mais restrito, mas eu a partir de sua vocação ou virtualidade global passam a ser universais (2012, p. 11).

Para Luño, os ordenamentos jurídicos e sistema de fontes são também afetados pelo pluralismo:

Os ordenamentos jurídicos e, em especial seu sistema de fontes, foram diretamente afetados pelo fenômeno do pluralismo. A superação do âmbito de referência estatal, produto da nova ordem de relações internacionais, foi traduzida em fontes que expressam uma supraestatalidade normativa. Mas o deslocamento do centro de gravidade no processo de determinação das fontes jurídicas não somente foi produzido pela aparição dos poderes normativos superiores ao Estado. De forma paralela, produziu-se a ampliação de competências normativas por parte dos entes sociais intermediários, situados entre o cidadão e o poder estatal. Hoje, assistem a um fenômeno de infraestatalidade normativa manifestado no pluralismo de determinação de fontes jurídicas. Para aludir a essa situação, utilizou-se a metáfora do transbordamento de fontes do direito. (2012, p. 26).

O autor aponta que se, até o momento, a teoria jurídica juspositivista havia padecido de um excesso de concentração em um ponto de gravitação único e hierárquico, até o qual se fazem convergir todos os

processos normativos, a partir do presente deverá acomodar sua ótica de enfoque até os ordenamentos jurídicos policêntricos. Com a crise do juspositivismo kelsiano, impõe-se substituir a imagem hierarquizada do ordenamento normativo, por uma em que a totalidade do sistema é obtida na intersecção de estruturas normativas plurais, cuja procedência é heterogênea e que, em conjunto, formarão um panorama do ordenamento jurídico bastante parecido a uma abóboda. (LUÑO, 2012, p. 38).

Imperioso averiguar-se, desse modo, qual a influência e mesmo quais os reflexos da mundialização dos direitos humanos na formulação e aplicação das políticas públicas no âmbito do Estado brasileiro, no contexto regional do Mercosul.

### **3. A MUNDIALIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS**

Segundo Gustavo Oliveira Vieira, a compreensão do espaço jurídico-político contemporâneo pressupõe o entendimento acerca das transformações planetárias que vêm ocorrendo, ditadas pela construção de interdependências pós-nacionais – assumindo a terminologia “pós-nacional” do instrumental teórico habermasiano como mais preciso -, remodeladoras do status quo (ante) da economia, da política, do direito e da cultura (2015, p. 292).

Gustavo Oliveira Vieira afirma que, após certo cinismo e superficialidade no tratamento dado por parte dos Estados aos direitos humanos, na metade da década de 40, estes emergem como mola mestra de uma revolução copernicana do Direito, com a revelação do caráter humano e universal de tais direitos, com o conseqüente esboroamento da soberania.

Há, nesse ponto, a necessidade de criação de instituições para além do Estado nacional, especialmente em razão das idiossincrasias também abertas na temática dos direitos humanos ante a disjunção entre normatividade e força normativa e as assimetrias globais de toda ordem. (VIEIRA, 2015, p. 294-95). Sobre a emergência do direito internacional dos direitos humanos, Mazzuoli destaca

Olegado do Holocausto para a internacionalização

dos direitos humanos, portanto, consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção desses direitos, com intuito de impedir que atrocidades daquela natureza jamais viessem novamente a ocorrer no planeta. Viram-se os Estados obrigados a construir toda uma normatividade internacional eficaz em que o respeito aos direitos humanos encontrasse efetiva proteção”(MAZZUOLI, 2016, P.65).

Para o autor, após a segunda guerra mundial, em resposta às barbáries cometidas, aflora um processo de internacionalização dos direitos humanos, com a criação de uma sistemática internacional de proteção mediante a qual tornou-se possível a responsabilização do Estado no plano externo - essa responsabilização, a princípio, só ocorre quando, internamente, os órgãos competentes não apresentam respostas satisfatórias ao resguardo desses direitos. Nesse diapasão, a doutrina da soberania estatal absoluta passa a sofrer um abalo considerável com a crescente preocupação em efetivar os direitos humanos no plano internacional, sujeitando-se às limitações decorrentes de sua proteção (MAZZUOLI, 2016, P.66).

Adentra-se, nesse ponto, na influência que essa proteção internacional gera na própria estrutura do Estado, já que a noção de Estado e a Lei são os pontos de referência históricos, pois a lei foi a fonte estatal por excelência no ocidente, tornando-se fonte quase única no final do século XVII, instituindo essa ordem jurídica a que se está acostumado (DELMAS-MARTY, 2004, p.4). Essa ordem jurídica costumeira, produzida apenas pelo Estado, contudo, se desconstrói na medida em que normatividades não nacionais surgem, seja na proteção de direitos humanos internacionalmente garantidos – mundialização desses direitos -, seja dos próprios fluxos econômicos decorrentes da globalização.



Mireille Delmas-Marty, citada por Jânia Saldanha e Rafaela Cruz, na obra “Três Desafios para um Direito Mundial”, observa as particularidades dos termos globalização e mundialização. Enquanto a mundialização remeteria à difusão especial de um produto, técnica ou ideia, resguardando-se aos direitos do homem, a globalização vislumbra apenas o aspecto econômico (DELMAS-MARTY apud SALDANHA; MELLO, 2014, p.1)

Para a autora francesa, os componentes que compunham a ordem jurídica a que se está acostumado se dispersaram. Tal dispersão decorre de um fenômeno tríplice: retirada de marcos, do surgimento de novas fontes que acabam por relegar o Estado e a lei à categoria de acessórios, bem como o deslocamento das linhas que modificam o plano de composição, pondo fim a pirâmide hierárquica de leis (DELMAS-MARTY, 2004, p.4).

Sobre a mundialização, Valéria Ribas do Nascimento e Bolzan de Moraes consignam que considerar uma mundialização jurídica implica, necessariamente, na profanação da idealização dos ícones modernos – Estado Nacional, Constituição, Estado de Direito, para a reconstrução de um projeto de sociedade (2010, p.94).

Em Gustavo de Oliveira Vieira (2015), encontra-se que a mundialização seria um processo, permeado por dinâmicas plurais, através da intensificação e multiplicação das relações entre pessoas físicas e fictícias, que extrapola as fronteiras nacionais. Haveria uma interligação de pessoas e instituições, a partir de sistemas cultura, político, econômico e jurídico, através de alteração da estrutura do Estado nacional à condição de sociedade transnacional, interestatal e mundial.

Essa mundialização tem reflexos no próprio constitucionalismo, uma vez que a noção de Estado, a partir dos elementos povo, território e soberania é rearranjada. Sobre o constitucionalismo e sua reconfiguração, a autora Valéria Ribas do Nascimento (2011, p. 104) se utiliza do conceito de cosmopolitismo para afirmar que este supõe o surgimento de múltiplas lealdades, bem como o aumento das diversas formas de vida “transnacionais”, acesso de atores políticos não estatais, com o reconhecimento internacional dos direitos humanos.

As urgências sociais demonstram que o Estado necessita reformular seu modo de agir e, ao mesmo tempo, fortalecer-se como condição para uma cultura constitucional cosmopolita. Valéria Ribas do Nascimento aponta que

O que se pretende demonstrar é que o primeiro passo para o reconhecimento de uma cultura constitucional sob o viés cosmopolita é a reabilitação do próprio Estado e o fortalecimento do direito. Nesse sentido, Gerardo Pisarello afirma que, apesar das leituras pessimistas da globalização, o Estado segue sendo, a partir de uma leitura realista, o ator político por excelência, possuindo um espaço concreto para garantir a liberdade e a igualdade entre as pessoas.

Ademais, sob a influência das pressões desenfreadas pela globalização, os Estados se convertem com frequência em agentes ativos encarregados de adequar as sociedades em funções dos grandes poderes privados internacionais. Por isso, é urgente a valorização do espaço público. (NASCIMENTO, p. 245).

Depreende-se, pois, que o Estado continua o ator político por excelência, sendo o garantidor de um espaço concreto de liberdade e igualdade entre indivíduos. Partindo-se então, do pressuposto de que o Estado persiste protagonista no cenário internacional, e que a sua atuação no plano concreto se dá através da efetivação dos direitos humanos por políticas públicas, convém adentrar especificamente no regime jurídico dos direitos humanos (PFITSCHER, 2016, p. 7).

Nesse ponto, Bolzan de Moraes define que os direitos humanos são universais e históricos, mantendo um caráter de temporalidade-não-temporalidade:

Os direitos humanos são universais e, cada vez mais, se projetam no sentido de seu alargamento objetivo e subjetivo, mantendo seu caráter de temporalidade-não-temporalidade. Sendo, portanto, históricos, não definitivos, exigindo a todo instante não apenas o reconhecimento de situações novas, como também a moldagem de novos instrumentos de resguardo e efetivação. Preferimos dizer que se generalizam - ou difundem - na medida em que sob as gerações atuais observamos, muitas vezes, um aprofundamento subjetivo, a transformação ou a renovação (e.g. função social) dos conteúdos albergados sob o manto dos direitos fundamentais de gerações anteriores, além da especificação de novas dimensões. Ou seja, da primeira dimensão com interesses de perfil individual passamos a, na(s) última(s), transcender o indivíduo como sujeito dos interesses reconhecidos, sem desconsiderá-lo, obviamente - coletivos e difusos. (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 86).

Os direitos humanos são, então, um conjunto de valores históricos, fundamentais, básicos que resguardam a vida digna nos âmbitos jurídico, político, psíquico, econômico, físico, das gerações presentes e futuras, como uma condição fundante da vida. Em razão dessa proteção, há uma imposição aos agentes políticos, jurídicos e sociais de agir para garantir que todos possam usufruir de tais condições, em benefício próprio ou comum, e ao mesmo tempo (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 88).

Bolzan de Moraes estabelece que, sendo os direitos humanos universais, eles apareceriam como uma construção teórico-jurídica que se suporta nas identidades comuns de todos. Afirma que, ainda hoje e mesmo

diante do fenômeno da desconstrução da ideia moderna de Estado, há uma evidente conexão entre os direitos humanos e o instrumento jurídico que lhe dá forma, a Constituição, muito embora exista uma mudança na capacidade regulatória e na sua des(re)territorialização – regionalização, internacionalização e mundialização (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 89).

Em razão de uma economia globalizada que impacta em uma soberania compulsoriamente compartilhada, o Estado Nação se vê obrigado a rever sua política legislativa, reformular a própria estrutura de direito positivo, redimensionando a jurisdição de suas instituições judiciais. Como reflexo de tais processos, há uma desregulamentação, deslegalização, desconstitucionalização, que são realizadas em paralelo à própria ruptura dos monopólios públicos (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 107).

Nesse ponto, é de se destacar que os direitos humanos, como dimensão própria da mundialização, repercutem a institucionalização de um mínimo ético universal, garantindo conteúdos mínimos e inafastáveis que devem ser considerados de forma integrada (indivisível) e a todos os seres humanos do planeta (universal) (BOLZAN DE MORAIS, SALDANHA, VIEIRA, 2011b, p. 113).

Para os referidos autores, é possível identificar duas formas de se realizar um direito comum da humanidade através da abertura, integração e influencia recíproca do direito interno ao sistema jurídico internacional e do próprio direito internacional no direito interno:

Uma, pela própria internalização de atos internacionais através do *iter* constitucional da incorporação de tratados internacionais no sistema jurídico e sua respectiva implementação, e, outra, pelo mimetismo de formas e conteúdos em relação aos padrões recomendados, portanto sem aquela força vinculante tradicional, por órgãos internacionais ou seguidos por outros países sem necessariamente a obrigação direta do país anteceder a assimilação daqueles valores

(BOLZAN DE MORAIS, SALDANHA, VIEIRA, 2011b, p. 120).

Tais doutrinadores mencionam que no constitucionalismo latino-americano pode ser encontrado um bloco de interconstitucionalidade em relação aos direitos humanos. Citam como exemplo as garantias processuais, que são consideradas direitos humanos, sendo asseguradas pelas constituições da maioria dos países latino americanos, demonstrando, em nível interno, o reconhecimento dos marcos normativos internacionais que tratam da matéria, assim como a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, configurando um bloco de constitucionalidade que poderia ser denominado interestatal ou supranacional, com uma linguagem comum (BOLZAN DE MORAIS, SALDANHA, VIEIRA, 2011b, p. 121).

Para Mireille Delmas-Marty, muito embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada em 1948 não tenha valor jurídico coercitivo, os dois pactos de 1966 que dela surgem – Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos e Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – comprometem diretamente os Estados que consentiram na ratificação, bem como aqueles que ratificaram o protocolo adicional (2004, p.48). Assinado o protocolo adicional, permite-se que os particulares que se achem vítimas de violação dirijam ao Comitê dos Direitos Humanos (criado com o Pacto) comunicações escritas que serão examinadas e gerar constatações, que serão encaminhadas ao Estado envolvido.

Tal procedimento, portanto, permite o uso de petições individuais, sedimentando a capacidade processual internacional dos indivíduos, pois autoriza o uso direto do direito de petição individual. A previsão legal está no art. 5, parágrafo segundo, do Protocolo Facultativo e exige que a questão não esteja sendo examinada perante outra instância internacional de investigação ou solução e que o indivíduo tenha esgotado os recursos jurídicos internos disponíveis para a defesa do seu direito potencialmente violado (MAZZUOLI, 2016, p.107).

Portanto, os direitos humanos são capazes de representar o vetor

ético da mundialização, promovendo impacto, de conteúdo propositivo, nas constituições nacionais, abrindo a estrutura do Estado à ordem jurídica internacional de proteção dos direitos humanos, seja através de mecanismos legais estatais, seja através de marcos globais que permitem uma participação individual do cidadão.

Para Alves, os direitos humanos correspondem a valores transculturais, presentes em diversas culturas, sendo que a persistência da Declaração Universal comprova, *per si*, que, independentemente de suas origens, os valores positivos de uma cultura podem ser transferidos, de boa-fé, sem que viole os cânones vitais de cada civilização. Desse modo, a maioria esmagadora dos países que acederam à independência após a proclamação da Declaração não teve dificuldades em aceitar seus dispositivos, incorporando-os, não o fazendo por uma imposição imperialista, mas pela importância desta na luta anticolonialista (2005, p. 38-39).

Em Boaventura de Sousa Santos, encontra-se que tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste na transformação da conceituação e prática dos direitos humanos, de um localismo globalizado, para um projeto cosmopolita. Isso se dará através da superação do debate entre universalismo e relativismo cultural – pois, enquanto posição filosófica, as duas correntes são incorretas –, para que se chegue a uma concepção mestiça de direitos humanos, que, em vez de recorrer a falsos universalismos, organiza-se como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, constituindo-se em uma rede de referências normativas capacitantes (SOUSA SANTOS, 2004, P. 255), utilizando-se da hermenêutica diatópica e os *topoi* como forma de um diálogo intercultural, talvez um dos caminhos possíveis para os direitos humanos na pós-modernidade.

Para Boaventura de Sousa Santos, somente pela teoria da tradução os diálogos interculturais poderão ocorrer. Identifica-se o que é o *topoi* de uma cultura, observando-o e traduzindo-o (2004). Assim, as evidentes fragilidades do universalismo jurídicos e os limites do relativismo jurídico se expõem e confluem, possivelmente, para soluções cosmopolitas. Se

há marcos normativos globais internacionais e tribunais internacionais, indubitavelmente, tem-se uma pauta universalista, ao mesmo tempo em que há uma anacronia na aplicação desses direitos conforme o país, influências e mesmo permeabilidade das instituições políticas nacionais, razão pela qual, nesse momento, torna-se imperioso averiguar se esse regime de direitos humanos regulado por marcos normativos globais impacta no sistema regional do Mercosul, especificamente nas políticas públicas direcionadas a assegurar direitos humanos.

#### **4. POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS, DO NACIONAL AO REGIONAL: IPPDH**

As políticas públicas representam instrumentos importantes para a concretização de direitos fundamentais, pois exigem atuação da Administração Pública, dos órgãos e Poderes do Estado para sua consecução. Como o Estado de Direito e os direitos humanos (fundamentais, no plano interno) estão condicionamentos mutuamente, é necessário que estes direitos sejam efetivados no plano concreto, sob pena de o próprio Estado não deter legitimidade (SMANIO, 2013, p. 12).

Para Liberati, as políticas públicas representam tanto a coordenação dos meios colocados à disposição do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas, com a finalidade de concretizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, como são um processo ou conjunto de processos que culminam na escolha racional de coletivo de prioridade, na definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito (LIBERATI, 2013, PÁGINA 89-90).

Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum lecionam que a aproximação do dever ser do texto da Constituição ao ser da realidade fática, nos direitos sociais, é tarefa dos Poderes Executivo e Legislativo via políticas públicas e que a ligação políticas públicas e estado social é umbilical. Quanto jogo de tensões que enfrenta o Estado, os doutrinadores esclarecem:

O estado se encontra hoje, talvez mais do que nunca, em um intenso jogo de tensões, entre, para

usar as expressões de Sassen, fatores endógenos e exógenos de constrangimento de sua ação, os quais vão desde o mercado de capitais até as incidências produzidas por outros países, principalmente por aqueles economicamente mais desenvolvidos. A composição desses interesses reflete-se, inclusive, no alcance das políticas públicas internas, tendo foros próprios para sua realização.

Marcado por sucessos e, mais ainda, por suas crises, o Estado Social, hoje, precisa se confrontar com as condições e possibilidades para a produção de suas “escolhas” em um ambiente, no mínimo, em transição. Uma transição conteudística, substantiva, ao mesmo tempo que uma transição formal, ante as quais as respostas, muitas vezes, confrontam os interesses sociais e individuais permanentemente tensionando os modelos explicativos construídos pela filosofia moderna. (MORAIS, JOSÉ LUIZ BOLZAN DE; VALLE BRUM, GUILHERME, 2016, p.20-1).

No plano interno, ressalta-se que as escolhas de políticas públicas são antes políticas, sendo o Poder Legislativo e o Poder Executivo, eleitos democraticamente pelo voto, os atores que definirão as políticas e delas cuidarão. O Legislativo atua na formulação legal da política – especialmente no que tange a normatização das normas de cunho social – e o Executivo na implementação das prestações decorrentes da legislação positivada (PFITSCHER, 2016, p. 7).

Contudo, diante do pluralismo normativo e a quebra do ideal de monismo, no qual a lei deixa de ser protagonista ou fonte primária do



direito, especialmente no que tange ao regime jurídico dos direitos humanos – já que há marcos normativos globais que devem ser respeitados -, há um processo de redimensionamento, como consequência do impacto sofrido pelos ordenamentos nacionais das normas emanadas de organizações internacionais de integração.

Para Alfonso de Julios-Campuzano (2009, p. 59), as mencionadas organizações exigiriam a cessão de competências por parte dos Estados membros – e, por consequência, a redução de soberania .

Segundo Luño (2012, p.11), aposta-se em uma supraestatalidade normativa como uma forma de viabilizar a efetivação de direitos humanos. O fenômeno da supraestatalidade supõe a adoção de valores, princípios ou regras jurídicas comuns, no âmbito de ordenamentos diferentes, um vez que os valores próprios do Estado constitucional possuem vocação universalista e cosmopolita.

Nesse contexto, a própria noção de políticas públicas, que antes eram vistas apenas como nacionais, tendo em vista seu âmbito apenas local, passa a se reinterpretada, aceitando-se a ideia de políticas públicas regionais. Há conexão entre as mudanças que o Estado passa em razão da globalização, com as mudanças que sofre em razão da mundialização de direitos humanos, quando estes direitos podem ser garantidos por políticas públicas que integram o nacional ao regional.

Vale salientar, nesse ponto, as mudanças que o Mercosul tem sofrido modificação em seu objeto desde a sua criação, em 1991, quando tinha uma finalidade apenas de mercado comum, sem abranger a defesa dos direitos humanos como um de seus objetivos. O Mercosul foi criado pelo Tratado de Assunção de 1991, com a finalidade de instituir um mercado comum entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, inicialmente.

Muito embora na criação não fosse previsto um sistema protetivo de direitos humanos do Mercosul, percebeu-se com o passar do tempo que o fortalecimento do bloco dependia também do esforço dos Estados em garantir direitos humanos, para uma integração completa e efetiva. Nesse sentido, para a proteção dos direitos humanos no âmbito do Mercosul,

merecem destaque três instrumentos principais: o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile (1998), o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos no Mercosul (2005) e o Protocolo de Montevideu sobre Compromisso com a Democracia no Mercosul, também chamado de “Ushuaia II” (MAZZUOLI, p. 173, 2016).

Em 2009, criou-se o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos, no âmbito do MERCOSUL, que tem por funções cooperar (quando solicitado pelos Estados-parte), contribuir nos processos de planejamento, implementação e consolidação das políticas públicas em direitos humanos como marca central da identidade, do desenvolvimento e da integração dos países do Mercosul. Tem como funções principais a cooperação técnica, a pesquisa, a capacitação e o apoio à coordenação de políticas regionais de direitos humanos, tendo sido criado através da Decisão do Conselho do Mercado Comum (CMC) N° 14/09, e com sede permanente na Cidade de Buenos Aires, segundo estabelecido pela Decisão CMC N° 32/09.

Em projeto de 2013, a Secretaria do Mercosul e o IPPDH firmaram um convênio de financiamento para a execução do projeto “Construindo uma Infraestrutura para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos no Mercosul”, com recursos do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM). Segundo Mazzuoli, este é o primeiro projeto regional em matéria de direitos humanos, sendo que o eixo determinante é fortalecer o comprometimento do Mercosul com a memória, a verdade e a justiça.

Para Mazzuoli, o Mercosul tem versado sobre direitos humanos por meio de decisões, resoluções, diretrizes e recomendações:

Destaque-se, porém, que em 2011 os Estados-partes do Mercosul, por meio do IPPDH, apresentaram conjuntamente solicitação de parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação das crianças e adolescentes migrantes, para o fim de que a

corde defnisse “com mais precisão quais são os padrões, princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em matéria de direitos humanos das pessoas migrantes, em particular no que diz respeito aos direitos dos meninos e meninas migrantes e filhos/as de migrantes” (MAZZUOLI, p. 179, 2016)

O Instituto tem feito pesquisas e tem atuado na temática de migrações regionais, tráfico de pessoas, questões raciais, de defesa dos idosos, através da realização de cooperações bilaterais por meio de convênios com o Uruguai, a Venezuela, o Paraguai e a Argentina. Realizou-se alianças estratégicas com a Organização Internacional para as Migrações (OIM) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

Quanto aos instrumentos regionais, está se construindo indicadores de direitos humanos do Mercosul, para medir a existência e a implementação de políticas regionais de direitos humanos, bem como se medir os avanços e desafios relacionados à institucionalidade do bloco de países. Tem-se trabalhado especialmente na definição de indicadores para os direitos à saúde, ao trabalho e à educação.

O relatório de atuação de 2016 da instituição aponta que foi aprovada uma proposta metodológica para o posterior desenvolvimento das Diretrizes para uma Política de Educação e Cultura em Direitos Humanos no MERCOSUL (2016).

Dentro do IPPDH, a Escola Internacional de Políticas Públicas em Direitos Humanos oferece diferentes programas de capacitação, incluindo um Curso Internacional de Políticas Públicas em Direitos Humanos, construindo a ideia de uma cidadania sul-americana. A referida Escola é um centro de altos estudos que desenvolve atividades de formação em políticas públicas de direitos humanos, sendo que suas propostas de formação articulam o conhecimento político e de alto nível acadêmico em diálogo com o conhecimento social, fortalecendo as capacidades dos

Estados e da sociedade civil (2016).

No que toca às pessoas idosas, o IPPDH informa que os Estados Partes e Associados do Mercosul têm cumprido papel importante na internacionalização dos direitos humanos das pessoas idosas, especialmente no que se refere à aprovação da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). No processo, o IPPDH ficou responsável pela elaboração de documentos e insumos para o diálogo, debate, reflexão e redação da convenção (2016).

Ainda, tendo em vista o aumento da quantidade de haitianos que migraram para a América do Sul depois do terremoto de 2010, o IPPDH criou um curso para capacitação de funcionários públicos e integrantes de organizações não governamentais para receber e auxiliar na integração de migrantes haitianos, com apoio do governo brasileiro e realizado no âmbito do projeto de Cooperação Humanitária Internacional para Migrantes, Apátridas, Refugiados e Vítimas do Tráfico de Pessoas. O referido curso analisou estratégias, boas práticas e as políticas de recepção e integração dos migrantes a partir de uma perspectiva de direitos humanos, sob a ótica da história regional em matéria humanitária.

Percebe-se, assim, que as políticas públicas dos países integrantes do Mercosul sofrem influência direta desse projeto regional de proteção de direitos humanos, especialmente com a criação do sistema de indicadores de direitos humanos. Com a construção de um sistema de indicadores em nível regional, poder-se-á estabelecer uma agenda mais eficaz na elaboração de políticas públicas, especialmente em direitos humanos, coordenada nacional e regionalmente, de modo a facilitar a proteção de tais direitos, com cooperação mútua e âmbito de atuação ampliado.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nesse contexto de sociedade em rede e pluralismo normativo, o Estado Constitucional de Direito permanece no centro da dinâmica (inter)civilizatória, precisando se reorganizar para suportar o acúmulo de funções

e responsabilidades que lhe são atribuídas. Ao mesmo tempo, as severas ameaças à segurança humana invocam uma cooperação multinacional, o que vem corroborado pela sociedade em rede, no qual o fluxo de informações, poder e conteúdos universais são ampla e facilmente divulgados e assimilados pela população mundial.

Tem-se, portanto, um Estado que já não detém mais características rígidas, havendo uma inequívoca alteração de seus elementos essenciais (povo, território e soberania), especialmente após a segunda guerra mundial. Por outro lado, os processos de integração econômica também impõem a essas entidades um rearranjo institucional, com a integração dos países em comunidades supranacionais e espaços regionais.

Atinge-se, nesse ponto, a soberania do Estado Nação, que passa ser considerada pós-moderna, calcada na multiplicidade e dispersão de centros de poder, exigindo que as nações estabeleçam vínculos, sofram limitações e se comprometam reciprocamente. Há, assim, uma supraestatalidade normativa, com ação de valores, princípios e regras comuns dentro de ordenamentos diferentes, repercutindo nos próprios ordenamentos jurídicos e seu sistema de fontes.

Para tratar de tais mudanças, utiliza-se do aporte teórico do fenômeno da mundialização, que tem dinâmicas plurais e que se manifesta por meio da intensificação e multiplicação das relações que ultrapassam as fronteiras nacionais. Essa mundialização repercute na própria noção de constitucionalismo, havendo pontos de encontro com a ideia de cosmopolitismo, que teria o condão de reabilitar o próprio Estado e o direito, na valorização do espaço público.

Em simultâneo ao processo de mundialização, após a segunda guerra mundial os direitos humanos são regulados internacionalmente, havendo impacto nas estruturas nacionais, regionais e transnacionais. Os direitos humanos, como dimensão própria da mundialização, acabam por repercutir na institucionalização de um mínimo ético universal, garantindo conteúdos mínimos e inafastáveis que devem ser considerados de forma integrada (indivisível) e a todos os seres humanos do planeta (universal).

O tratamento dos direitos humanos acaba por promover uma reviravolta paradigmática na modernidade jurídica, tanto na revisão conceitual das relações entre direito interno e direito internacional, quanto nos mecanismos ou estratégias que dão força a esses direitos, especialmente tendo por conta a dinâmica da desterritorialização das estruturas jurídico-políticas diante da construção de ordens normativas compartilhadas.

Assim, chega-se ao conceito de políticas públicas, as quais representam instrumentos concretizadoras de direitos fundamentais/humanos. Há uma íntima relação entre Estado de Direito e a garantia dos Direitos Humanos, para que se obtenha a aproximação do dever ser da Constituição ao ser da realidade fática.

Tendo em vista a supraestatalidade normativa, o âmbito de atuação ou previsão de políticas públicas acaba por extravasar aos limites nacionais, chegando-se ao conceito de políticas públicas regionais. Nesse sentido, o próprio Mercosul deixa de ser um bloco meramente econômico para se preocupar também com efetivação de direitos humanos.

Em 2009, cria-se o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos, integrante do Mercosul, que tem diversas funções, mas, com especial relevo, a obrigação de contribuir nos processos de planejamento, implementação e consolidação das políticas públicas em direitos humanos como marca central da identidade, do desenvolvimento e da integração dos países do Mercosul.

Assim, um dos caminhos que o Estado tem se utilizado para dar conta de uma pluralidade normativa mundial ainda não ordenada, mas que interfere diretamente nas demandas que lhe são atribuídas, é buscar arranjos regionais que possam dar conta juridicamente desse novo contexto global. Se os direitos humanos têm caráter universal e atinge todos, e em todos os momentos, talvez a busca de soluções no âmbito da cooperação favoreçam a reinvenção desse próprio Estado na sociedade contemporânea.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALVES, José Augusto Lindgren. *A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade. Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*/José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento – Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed.rev.amp. Livraria do Advogado Editora, 2011a.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. *Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: Para onde caminha a humanidade...* Direitos Culturais, v. 6, p. 109-132, 2011b. Disponível em: [http://www.academia.edu/21801123/SOBRE\\_A\\_INTERNACIONALIZA%C3%87%C3%83O\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_PARTIR\\_DOS\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_OU\\_PARA\\_ONDE\\_CAMINHA\\_A\\_HUMANIDADE](http://www.academia.edu/21801123/SOBRE_A_INTERNACIONALIZA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO_A_PARTIR_DOS_DIREITOS_HUMANOS_OU_PARA_ONDE_CAMINHA_A_HUMANIDADE) Acessado em 24/05/2017
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; VALLE BRUM, Guilherme. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução Roneide Venancio Majer. 17 ed. rev.ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito Comum*/Mireille Delmas-Marty: tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão – São Paulo: Martins Fones, 2004. – (Justiça e Direito)
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. /Luigi Ferrajoli, trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela

- Cadermatori, Hermes Zaneti Junior, Sergio Cadermatori – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- IPPDH. INFORME ANUAL. [http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/01/Informe\\_gestion\\_2016\\_2-1.pdf](http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/01/Informe_gestion_2016_2-1.pdf)  
ACESSADO EM 24/05/2017
- JULIOS-CAMPUZANO, ALFONSO DE. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LOUREGA DE MENEZES, Rodrigo Ramos. *Direito cosmopolita: regime jurídico ou apenas filosofia? Pressupostos e sistematização* Editora Unijuí, 2016.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 3 ed.rev. atual.e ampl. São Paulo: Método, 2016.
- NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita* – São Paulo: LTr, 2011.
- PFITSCHER, Milton Guilherme de Almeida Pfitscher. *A reinvenção do Estado no espaço jurídico-político contemporâneo*. <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/15826/3724>  
Acessado em 24/05/2017
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O direito e as políticas públicas no Brasil*. Gianpaolo Poggio Smani; Patrícia Tuma Martins Bertolin, organizadores. São Paulo: Atlas, 2013.
- SALDANHA, JÂNIA MARIA LOPES; MELLO, RAFAELA DA CRUZ. *Internacionalização dos Direitos Humanos e diálogos transjurisdicionais: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro*.  
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dd943b1d5882bf9>



Acessado em 03/10/2016.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*. Disponível em

<http://www.scielo.br/pdf/ln/n39/a07n39.pdf> Acessado em 30/05/2017

VIEIRA, Gustavo de Oliveira. *Constitucionalismo na mundialização: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos*. Ijuí: Unijuí Ed, 2015.



---

## **TOMADA DE DECISÃO APOIADA: INSTRUMENTO PROTETIVO-EMANCIPATÓRIO DE DIREITOS HUMANOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

---

**MARGARETH VETIS ZAGANELLI<sup>1</sup>**  
**LARISSA DE**  
**PIZZOL VICENTE<sup>2</sup>**

*Universidade Federal do Espírito Santo (BRASIL)*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução 2 Panorama internacional: A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência 3 A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: Estatuto da Pessoa com Deficiência 4 A capacidade no âmbito do Código Civil brasileiro 5 A tomada de decisão apoiada (TDA) 6 TDA: forma de consolidação dos Direitos Humanos 7 Conclusão 8 Referências

- <sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágio Pós-doutoral na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB). Estágio Pós-doutoral na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Visiting Professor da Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB). Professora Titular de Direito Penal, Processual Penal e Teoria do Direito da UFES. Coordenadora dos Grupos de Pesquisa “Bioethik” e “Direito & Ficção” (UFES). E-mail: mavetis@terra.com.br.
- <sup>2</sup> Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisadora acadêmica do Grupo de Pesquisas “Bioethik” (UFES). Estagiária no Ministério Público Federal (PR-ES). E-mail: larissadpvicente@gmail.com.

## **1 Introdução**

Em vigor desde a publicação do Decreto n.º 6.949/2009, primeiro documento de âmbito internacional para a proteção dos direitos humanos com valor constitucional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e também, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), buscaram afirmar a potencialidade do ser humano, reconhecendo uma igualdade das pessoas com deficiência em relação aos outros indivíduos. Essas leis incentivaram uma nova abordagem sobre a capacidade legal, a capacidade dos deficientes de ter e de expressar direitos, em especial, aqueles de natureza mental, cuja prática de atos na vida civil era limitada. (REICHER, 2016).

A LBI, chamada Estatuto da Pessoa com Deficiência, entrou em vigor no início de 2016. O novo ordenamento propôs uma modificação cultural e jurídico em relação às pessoas com deficiências, as beneficiando de modo geral. A nova lei enfatiza que, embora as pessoas com deficiência possuam um discernimento reduzido, é necessário que sejam vistas com dignidade e liberdade, prezando sempre para a preservação dos direitos humanos e pelo reconhecimento da inclusão.

Observa-se que o objetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência é atribuir uma maior autonomia aos deficientes e também, assegurar a proteção da pessoa humana. Uma mudança inovadora foi a instauração do mecanismo de tomada de decisão apoiada, introduzido no novo art. 1.783-A no Código Civil. Tal instituto foi inspirado pela “*amministrazione di sostegno*”, consagrada no direito italiano pela Lei n.º 6, de 9 de janeiro de 2004. Na Itália, este procedimento flexibiliza a atuação da assistência ou da representação diante do beneficiário, resguardando seus direitos humanos e sua capacidade legal (SCHREIBER, 2016).

Na nossa lei específica, a tomada de decisão apoiada se impõe como uma espécie de instrumento auxiliar, em favor da pessoa com necessidades especiais (SCHREIBER, 2016). Ele confere diversas medidas como o fim

da incapacidade absoluta, o estabelecimento do instituto da curatela para fins patrimoniais, aplicável nos casos de incapacidade civil relativa, e ainda, o estabelecimento de prazos fixos para a duração da curatela.

As diversas alterações propostas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência corroboram para uma nova visão da deficiência, tanto sensorial, mental ou intelectual. A modificação do olhar para as necessidades especiais geram novas atividades e anseios para o âmbito da inclusão do deficiente no mundo moderno.

De fato, as inovações são profundas e permeiam diversos campos do Direito, inclusive as importantes alterações na seara do Direito Civil brasileiro, incluindo o mecanismo da tomada de decisão apoiada (LIMA, 2016). Neste texto, especificamente, trataremos uma abordagem deste novo instituto à luz dos direitos humanos e das questões existenciais que abrangem as pessoas com deficiência.

Os novos tecidos normativos, como dispõe Cícero Pereira Alencar e outros (2016), impulsionam instrumentos que exigem uma maior proteção e garantia do Estado perante os direitos humanos das pessoas com deficiência. Destarte, os direitos da pessoa com deficiência vistos sobre o *prima* dos direitos humanos podem ser compreendidos como processos políticos, sociais, culturais e econômicos, que possibilitam uma ética de criação política e social. O instrumento da tomada de decisão apoiada configura-se, desse modo, como uma expressão do sistema protético-emancipatório de direitos humanos, na medida em que possibilita o apoio para as decisões, fortalecendo o suporte ao exercício da capacidade e contribuindo, assim, para uma maior autonomia, igualdade e inclusão da pessoa com deficiência.

## **2 Panorama internacional: A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**

O Brasil subscreveu a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (ONU, 2008), a qual foi ratificada por meio do Decreto Legislativo

nº 186/2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009. A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, possui por objetivo derrubar as barreiras da exclusão. Este acordo conceitua a “deficiência” como sendo impedimentos de longo prazo, podendo ser de natureza física, intelectual, sensorial ou mental, sendo que em interação com algumas barreiras, podem dificultar sua participação efetiva na sociedade de forma igualitária. Nesse sentido, a deficiência também pode abranger indivíduos com sofrimento ou transtorno mental, além de pessoas com anseios que envolvem o uso de álcool e outras drogas.

Dessa forma, Cícero Pereira de Alencar e outros (2016) mencionam que “o conceito de “deficiência” proposto pela CDPD busca superar a visão exclusivamente biomédica agregando a ela “uma matriz de direitos humanos”. O que ocorre é que atualmente, o Brasil caminha a passos largos para efetivar a proteção de direitos humanos, objetivando criar garantias que consolidem a igualdade de direitos entre deficientes e indivíduos sem necessidades especiais.

A Convenção também aborda a perspectiva de que pessoas com deficiência possuem capacidade legal de forma igualitária aos demais indivíduos. Dessa maneira, impõe aos Estados-partes o dever de estabelecer garantias e meios que possibilitem às pessoas com deficiência o exercício desta capacidade.

Segundo Stella Camlot Reicher (2016), há duas dimensões para o termo capacidade legal, uma refere-se à capacidade de ter direitos, ou ainda, de ser o titular de direitos, já a outro, consiste na capacidade de colocar esses direitos em prática.

O artigo 12.3 da mencionada Convenção (BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009), indica que “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”. Por meio deste norma, o Brasil alcançou a adoção de suportes para a pessoa com deficiência, um deles, é a tomada de decisão apoiada, prevista no Código Civil de 2002.

A Convenção preocupa-se ainda em prezar pelo exercício da capacidade legal que conserve os direitos humanos. O artigo 12.4 (BRASIL. Decreto n.º 6.949,

de 25 de agosto de 2009) dispõe que os Estados partes deverão assegurar “que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos”. Assim, assegura-se os direitos e a vontade da pessoa com deficiência, além de que suas próprias preferências sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida.

De acordo com o artigo 12.5:

Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens (BRASIL.. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009).

Nesse contexto, além da Convenção reconhecer a capacidade legal das pessoas com deficiência, impõe aos Estados-parte que promovam o acesso destas pessoas ao efetivo exercício de seus direitos, do mesmo modo em relação às questões patrimoniais (REICHER, 2016).

### **3 A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: Estatuto da Pessoa com deficiência**

Seguindo as diretrizes da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, lei 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, dispôs que a deficiência não afeta a plena capacidade legal das pessoas. Esta nova lei modificou diferentes áreas, “inclusive na teoria das capacidades adotada no Código Civil: a deficiência física, mental, intelectual ou sensorial não é mais causa de incapacidade para a prática dos atos da vida civil”. (LIMA, 2016).

Esta lei excluiu do Código Civil, mais especificamente do rol dos

“absolutamente incapazes”, “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e dos relativamente incapazes “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e os “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”. (REICHER, 2016).

Segundo o art. 6<sup>a</sup>-da LBI (BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015): A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Neste sentido, é evidente que a lei promoveu uma grande inovação, transferindo à pessoa com deficiência um protagonismo antes nunca pensado. A lei nº 13.146/15 dispõe de modelos protetivos de indivíduos deficientes. Além dos mecanismos de tutela e curatela surge a tomada de decisão apoiada, a qual concretiza o art. 12.3 do Decreto n. 6.949/09. (ROSENVALD, 2015).

Segundo Nelson Rosenvald (2015) “Tutela e curatela são instituições protetivas da pessoa e dos bens dos que detêm limitada capacidade de agir – seja pela idade ou pela submissão a prévio processo de incapacitação –, evitando os



riscos que essa carência possa impor aos exercícios das situações jurídicas por parte de indivíduos juridicamente vulneráveis”. Ambos os institutos tratam de uma visão da assistência no aspecto patrimonial.

Conforme prega a nova legislação, o instituto da curatela será utilizado para assistir a pessoa com deficiência, já a tomada de decisão apoiada, consistirá em uma orientação, que conservará a capacidade de fato. Entretanto, o que deve ser observado é que a decisão e a autonomia da vontade restringe-se ao âmbito da pessoa com deficiência, a qual possui a sua liberdade opinião preservadas.

#### **4 A capacidade no âmbito do Código Civil brasileiro**

Assinala Taisa Maria Macena de Lima (2016) que, historicamente, a capacidade para o exercício dos atos da vida civil sempre esteve relacionado à ideia de discernimento. Assim, se os sujeitos jurídicos fossem dotados de discernimento pleno seriam considerados plenamente capazes, caso possuíssem algum discernimento eram relativamente incapazes e nenhum discernimento, absolutamente incapazes.

Com o Código Civil de 2002 a incapacidade relativa passou a abranger os indivíduos “maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). O que se observa é que o Código buscava definir cada caso, uma vez que a pessoa poderia ser considerada plenamente capaz, interditada como absolutamente incapaz ou, ainda, interditada como relativamente capaz. (LIMA, 2016).

Com as alterações acarretadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência nos dispositivos do Código Civil, constam no rol de relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

A capacidade absoluta relacionava-se aos menores de dezesseis anos; os que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil” e os que, “por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade”. Hoje, apenas configuram-se no rol de absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Portanto, com as recorrentes mudanças, restou alterado no Código Civil o regime jurídico das incapacidades. Atualmente, as pessoas com deficiência possuem plena capacidade de exercício. Não consideram-se como causa de incapacidade qualquer forma de deficiência, seja física, mental, intelectual ou sensorial, excluindo qualquer forma de interdição.

No artigo 1.768 do Código Civil a palavra “interdição” foi substituída por “pessoa sob curatela”, o que evidencia um abrandamento na forma de se manifestar sobre a deficiência. A partir da Lei nº 13.146/2015, a medida protetiva da curatela passou a ser extraordinária, devendo durar o mínimo de tempo e ser proporcional às peculiaridades de cada caso concreto (LIMA, 2016). Ela abrange apenas os direitos no âmbito do patrimônio, assim as decisões que envolvem o aspecto existencial da pessoa com deficiência permanecem com o curatelado.

Nos dias atuais, é possível a curatela apenas aos ébrios habituais, os viciados em tóxico, os pródigos e, também os que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, isso mediante a alteração do Código Civil de 2002 pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A curatela abrange, assim, atos de natureza negocial ou patrimonial. De outro ângulo, quando falamos na prática de direitos existenciais, por exemplo, estes não podem ser restringidos pelo instituto da curatela. Assim, a Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), em seu artigo 85, §1º, estabelece que “A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”.

Entretanto, deve-se salientar que com o Código de Processo Civil de 2015, houve uma nova regulamentação do instituto da curatela, sendo que diversas

mudanças trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão e consolidadas no Código Civil foram revogadas. Um exemplo é a referência do CPC à figura da interdição, não abarcando apenas o termo curatela utilizado no Código Civil. Como ressalta Reicher (2016), a interdição reflete a substituição da vontade do indivíduo. Já o termo curatela evidencia uma perspectiva de eleição de curador que, junto com o deficiente, defina atos contratuais e negociais.

Pode-se citar ainda que o Código de Processo Civil não prevê formas de revisão periódica dos processos de interdição, como impõe a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. “Por recomendação do Comitê da ONU, todas as pessoas com deficiência atualmente em situação de interdição devem ser informadas sobre esse novo regime legal da tomada de decisão apoiada, devendo ser garantido o direito a esse mecanismo em todos os casos” (Reicher, 2016).

Ademais, segundo Taisa Maria Macena de Lima haverá grandes repercussões no regime das incapacidades com a consolidação dessas diversas mudanças apresentadas no ordenamento jurídico brasileiro:

Se a pessoa não apresenta discernimento algum - como no caso de transtorno mental grave que acarreta a total dissociação com a realidade -, ela sequer poderá praticar pessoalmente qualquer ato jurídico, atuando o curador mais como representante do que como assistente. Com efeito, havendo diferentes graus de discernimento, mas sendo possível o enquadramento da pessoa com deficiência somente no rol dos relativamente incapazes, a extensão e limites da atuação do curador serão variáveis e fixados pelo Juiz em razão das circunstâncias do caso. Por isso, o curador pode ser autorizado a substituir o incapaz, ainda que não se trate tecnicamente de incapacidade absoluta. Em termos mais claros, não poderá subsistir a distinção clássica concernente à atuação do curador, segundo a qual os absolutamente incapazes são representados, e os relativamente incapazes são assistidos (2016).

## **5 A tomada de decisão apoiada (TDA)**

A tomada de decisão apoiada é um mecanismo judicial para o suporte do exercício da capacidade legal da pessoa deficiente que preserve sua autonomia

para realizar atos no âmbito patrimonial ou existencial, embora possua limitações (LIMA, 2016).

Foi criado pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), cujo objetivo é estabelecer um suporte sobre atos decisivos da vida civil. A curatela, de outro ângulo, possui um respaldo no âmbito patrimonial, garantindo a proteção do deficiente que esteja impossibilitado de expressar sua vontade diante de atos relacionados ao seu patrimônio. Este procedimento permite à pessoa com deficiência escolher ao menos duas pessoas para oferecerem um suporte aos seus atos de decisão, em outras palavras, ao exercício de sua capacidade legal. Segundo Taisa Maria Macena de Lima (2016), “as pessoas devem ser escolhidas entre as que integram o círculo de convivência da pessoa apoiada e devem gozar de sua confiança”.

É necessário estabelecer os limites em que estas pessoas apoiadoras agirão. Será lavrado um termo, estabelecendo todos os compromissos entre os apoiadores, o prazo do acordo, o respeito à vontade e também, ao interesse da pessoa deficiente que se submeterá ao mecanismo (REICHER, 2016). Este termo será submetido ao juiz que seguirá com um procedimento formal, sendo ouvido o Ministério Público e as pessoas envolvidas no acordo.

Importante ressaltar que o juiz possui importante função diante da tomada de decisão apoiada, podendo até mesmo decidir caso haja divergência de opiniões e discordância entre a decisão de um apoiador e da pessoa apoiada, considerando que esta divergência resulte em riscos graves.

A TDA é um procedimento judicial. Alguns autores enfatizam que este mecanismo tende a ser burocrático, um exemplo encontra-se no § 3º do art. 1.783-A do Código Civil, mencionando que “antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio”. Neste sentido, Anderson Schreiber (2016) alega que esta oitiva do Ministério Pública torna-se por vez equivocada, uma vez que o Estatuto confere à pessoa com deficiência a capacidade plena.

Assim, “a judicialização da tomada de decisão apoiada em um país como o Brasil, em que a celeridade na tramitação dos processos judiciais ainda é um objetivo a se conquistar, traz significativo risco de desinteresse sobre o novo instituto” (SCHREIBER, 2016).

Nelson Rosenvald explicita um exemplo para consolidar a figura da tomada de decisão apoiada no ordenamento:

Pensemos em uma pessoa com mais de 18 anos ou emancipada (pois para os menores o sistema dispõe da autoridade parental e tutela), que em razão de uma dificuldade qualquer ou um déficit funcional (físico, sensorial ou psíquico), permanente ou temporário, sinta-se impedida de gerir os seus próprios interesses e até mesmo de se conduzir pelo cotidiano da vida. Ela necessita de auxílio e, para tanto, o Direito Civil lhe defere a tomada de decisão apoiada. Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a estabelecer a condição e qualidade das medidas de apoio e, se necessário, ser inscrita no Registro de Estado Civil e Capacidade de Pessoas (2015).

## **6 TDA: forma de consolidação dos Direitos Humanos**

As alterações legislativas consolidadas pela inclusão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídica provocaram diversas reações positivas nos aspectos dos direitos humanos. “O legislador fugiu da expressão portadores de necessidades especiais, considerada politicamente correta, e adotou, sem falsos pudores, a palavra deficiência, que apenas descreve uma realidade; não contém juízo de valor. Aqui está se lida” (LIMA, 2016).

O que se observa é uma intensa preocupação com a pessoa em si, limitada de exercer plenamente seus direitos em decorrência de suas condições mentais ou físicas. A tomada de decisão apoiada não limita a capacidade de agir do indivíduo com deficiência, apenas auxilia as pessoas em um parâmetro existencial, “prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser

humano” (ROSENVALD, 2015).

É nesse contexto que os direitos humanos tornam-se efetivados com a consagração da igualdade e da autonomia da pessoa com deficiência pautados desde a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e consolidados com a Lei Brasileira de Inclusão. A dignidade da pessoa com deficiência encontra um plano mais abrangente compilado aos novos dispositivos do Código Civil, que buscam promover seus desejos e ampliar sua própria capacidade.

Pelo exposto, salienta-se que o conceito da dignidade da pessoa humana encontra-se no contexto atual estritamente relacionada à liberdade de escolha de cada indivíduo, não mais relacionado apenas à ideias patrimoniais. Assim, o resguardo à autonomia e as escolhas de cada decisão tornam-se fundamentais para desenvolver a personalidade humana. (ESTEVEVES, 2016).

As “políticas de caráter assistencialistas não podem mais ser os únicos cuidados dos ordenamentos jurídicos modernos com as pessoas com deficiência, é necessário dar um passo além e garantir a esse grupo a possibilidade de participar do convívio social e ter o controle sobre sua própria vida.” (ESTEVEVES, 2016).

**É nesta esteira que o novo instituto da tomada de decisão apoiada ganha força para consagrar a autonomia da pessoa deficiente e ao mesmo tempo, apoiá-la em suas decisões, resguardando o empoderamento do ser humano e a autonomia como fontes necessárias à igualdade de direitos.**

## **7 Conclusão**

O procedimento da tomada de decisão apoiada representa um grande avanço diante do exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência. A Lei Brasileira de Inclusão, seguindo as diretrizes da Convenção sobre os Direitos das

Pessoas com Deficiência, cuidou de promover a autonomia destas pessoas e o resguardo aos direitos humanos.

A Carta Magna de 1988, cujo caráter apresentado é eminentemente social, incorpora direitos que buscam tutelar os princípios da igualdade, da cidadania e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a própria Constituição Federal ressalta o dever dos entes públicos de prezar por políticas que resultem na consagração dos direitos humanos fundamentais.

Internacionalmente, os aspectos de proteção as pessoas com deficiência objetivam resguardar a integração e o respeito desses indivíduos. No mesmo sentido, evidencia-se que com a nova legislação infraconstitucional brasileira a respeito dos deficientes, há uma crescente busca pela implementação de políticas, planos e programas que proporcionem o crescimento da inclusão (PIOVESAN, 2015, p. 483).

De forma crítica, deve-se observar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não se preocupou com uma introdução sistemática e abrangente do deficiente. A reforma procedeu-se limitada, e questões primordiais como a modulação dos efeitos da curatela e a avaliação do discernimento permaneceram em segundo plano diante da preocupação excessiva com a terminologia. Por tais motivos, o mencionado Estatuto não privilegia a realidade concreta e acaba por valorizar um sistema formal e abstrato no qual a capacidade da pessoa com deficiência se torna absoluta (SCHREIBER, 2016).

Por outro lado, no tocante à tomada de decisão apoiada, é possível ressaltar que este instituto representou uma importante consolidação dos direitos humanos, traçados no âmbito internacional, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A valorização das pessoas com deficiência é medida urgente e atual, que precisa ser debatida e exposta para que seja constante a luta pela igualdade desses indivíduos. Como a implementação deste instituto é recente, uma ampla divulgação para que a prática destes direitos se consolidem faz-se necessária. A inclusão das pessoas com deficiência em todos os âmbito sociais é um processo contínuo e que depende de cada um de nós.

Em suma, integrar as pessoas com deficiência ao convívio social significa alargar as bases da dignidade e da igualdade das pessoas. De todo modo, o caminho para que uma sociedade mais solidária e justa se consolide passa pelo convívio e pela aceitação das diferenças.

## 8 Referências

- ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Daltin e MUSSE, Luciana Barbosa. **Da Interdição Civil à Tomada de Decisão Apoiada: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência.** Revista de Estudos Empíricos em Direito 226 vol. 3, n. 2, jul 2016, p. 226-247. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/134-289-1-PB.pdf.> Acesso em: 24 abr. 2017.
- BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.
- BRASIL. **Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2017.
- CNMP. **CNMP lança cartilha sobre tomada de decisão apoiada e curatela.** 9 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://femparpr.org.br/site/2016/12/09/cnmp-lanca-cartilha-sobre-tomada-de-decisao-apoiada-e-curatela/>>. Acesso em: 24 abr. 2017.



- ESTEVEES, Débora Nogueira Esteves; SILVA, Lucas Campos de Andrade. **Tomada de Decisão Apoiada: Uma reflexão acerca do novo Instituto.** XXV CONGRESSO DO CONPEDI – CURITIBA. Florianópolis – Santa Catarina – SC, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/4L44be6ynC5E085S%20(1).pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- GABRILLI, Deputada Federal Mara. **Ciclo de audiências públicas debate mecanismos práticos da Lei Brasileira de Inclusão.** 04 abr. 2017. Disponível em: <http://maragabrilli.com.br/ciclo-de-audiencias-publicas-debate-mecanismos-praticos-da-lei-brasileira-de-inclusao/>. Acesso em: 26 abr. 2017.
- LIMA, Taisa Maria Macena de. **O Estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil.** 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/O%20estatuto%20da%20pessoa%20com%20defici%C3%Aancia%20taisa.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2017.
- LOPES, Bruno Frullani. **A Interdição – de Balzac à tomada de decisão apoiada.** 19 out. 2016. JOTA. Disponível em: <https://jota.info/artigos/interdicao-de-balzac-tomada-de-decisao-apoiada-19102016>. Acesso em: 22 mai. 2017
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada: Instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015).** Revista Brasileira de Direito Civil | ISSN 2358-6974 | Volume 9 – Jul/Set 2016 Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil\_vol\_9\_03\_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2017.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- REICHER, Stella Camlot. **A capacidade legal das pessoas com deficiência - Novo marco regulatório propõe um panorama de maior autonomia e emancipação para as pessoas com Deficiência Intelectual.** 2016. Disponível em: <http://www.apaesp.org.br/pt-br/instituto-de-ensino-pesquisa/biblioteca/publ\_icoes/artigos/Paginas /a-capacidade-legal

das-pessoas-comdeficiencia.aspx> Acesso em: 24 abr. 2017.

REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência.**

Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 6/2016 | p. 37 - 54 | Jan. – Mar. 2016. Disponível em: <<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2017

REQUIÃO, Maurício. **Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime**

**alternativo à curatela.** O Consultor Jurídico. 14 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>> Acesso em: 19 mai. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Os deficientes e a tomada de decisão apoiada.** Gen

Juridico. 21 out 2015. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-decisao-apoiada/>>. Acesso em 18 mai 2017

ROSENVALD, Nelson. **A Tomada de decisão apoiada – Primeiras**

**linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência.** 2015. Disponível em <[file:///C:/Users/User/Downloads/14\\_08\\_08\\_161\\_Artigo\\_jur%C3%ADdico\\_A\\_TOMADA\\_DE\\_DECIS%C3%83O\\_APOIADA\\_Por\\_Nelson\\_Rosenvald.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/14_08_08_161_Artigo_jur%C3%ADdico_A_TOMADA_DE_DECIS%C3%83O_APOIADA_Por_Nelson_Rosenvald.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual**

**sua utilidade?** Jornal Carta Forense. 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 27 abr. 2017

---

**A EFICÁCIA DA UTILIZAÇÃO DAS TIC NA TOMADA DE  
DELIBERAÇÕES DOS SÓCIOS, À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS  
– GÉNESE, OBJETIVOS E ANÁLISE CRÍTICA**

---

**MARISA DINIS<sup>1</sup>**

*Instituto Politécnico de Leiria (Portugal)*

**SUMÁRIO**

1. Considerações iniciais. 2. Das deliberações unânimes por escrito. 3. Das deliberações por voto escrito. 4. Das deliberações em assembleia geral. 5. Consideração Final. 6. Bibliografia.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito (Universidade de Salamanca – Faculdade de Direito), desde 2010. Mestre em Direito (Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito), desde 2007. Professora-Adjunta no Instituto Politécnico de Leiria, desde 2002. Membro efetivo do Centro de Investigação de Estudos Jurídicos (Instituto Politécnico de Leiria).

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O ano de 2006 foi um ano particularmente frutífero em reformas legislativas no que ao direito societário respeitou. De facto, o regime jurídico português aplicável às sociedades comerciais sofreu, nessa data, e em datas posteriores, reformas significativas. Entre outras novidades de monta, especialmente as consagradas ao nível da estrutura da administração das sociedades anónimas, são de destacar as relacionadas com a aplicação das, então novas, tecnologias de informação e comunicação (TIC) ao funcionamento dos órgãos sociais.

Foi, com efeito, neste particular, que assumiu especial relevo a consagração da utilização das TIC na tomada das deliberações de sócios, em sede de assembleia geral das sociedades anónimas. Passou, desde então, a admitir-se, ante a verificação de determinados requisitos, a possibilidade de o contrato de sociedade determinar a substituição da publicação das convocatórias pelo envio de mensagens de correio eletrónico com recibo de leitura, a par da já admitida possibilidade de substituir a publicação pela expedição de cartas registadas. Admitiu-se igualmente a possibilidade de as assembleias serem efetuadas por meios telemáticos, desde que verificadas as necessárias condições de autenticidade das declarações e a segurança das comunicações. De forma ainda mais abrangente, veio determinar o artigo 4.º-A do Código das Sociedades Comerciais (CSC), introduzido em 2006, por via do Decreto-Lei n.º 76º-A/2006, de 29 de março, que se considera cumprida a exigência de forma escrita, de documento escrito ou de documento assinado quando materializada em suporte informático desde que este permita assegurar níveis de inteligibilidade, durabilidade e autenticidade, pelo menos equivalentes aos conferidos pela forma escrita materializada em papel.

A introdução, em 2006, da possibilidade de as sociedades comerciais utilizarem as TIC foi, à data, uma opção relativamente audaciosa e colocou o legislador português no pelotão da frente nestas matérias. O que, aliás, já tinha sucedido quando, em 1999, aprovou o regime jurídico dos documentos eletrónicos e da assinatura digital. Por ser assim, eram naturalmente elevadas as expectativas que se geraram em torno da eficácia destas medidas, alimentadas igualmente pelos recém-desenvolvidos princípios de boa governação das sociedades e pelo *boom* das novas tecnologias

que eram consideradas, por muitos, a panaceia para a apatia racional dos sócios no que à participação nas assembleias sociais respeitava. A verdade é que, volvida mais de uma dezena de anos sobre a implementação das medidas legislativas, verificasse que os almejados efeitos ficaram muito aquém do desejado e a utilização das TIC não revelou ter a eficácia pretendida e que, *ab initio*, parecia prometer. Não passaram, pois, as assembleias das sociedades anónimas a ser convocadas por correio eletrónico, os sócios a assistir telematicamente às reuniões, a votação a ser realizada telematicamente durante o decurso da reunião e, conseqüentemente, não se aproveitaram as TIC para renovar as assembleias gerais das sociedades nem para facilitar a tomada de deliberações de sócios.

As razões subjacentes a este malogrado resultado, prendem-se, em nossa opinião, com o facto de o legislador não ter desenhado corretamente o regime de utilização das TIC no âmbito das sociedades comerciais causando mais dúvidas do que certezas num terreno que se pretende objetivo e isento de receios sob pena de impugnações indesejadas. Compreensível, portanto, o ceticismo que se criou na utilização das TIC no âmbito da tomada de deliberações de sócios. Vejamos, agora, as razões que, segundo pensamos, estão na origem das conseqüências que acabámos de enunciar.

Antes, porém, é de referir que, nos termos do artigo 54.º do CSC, os sócios podem tomar deliberações unânimes por escrito, podem deliberar em assembleia geral e, bem assim, em assembleia universal. A distinção entre estas duas últimas formas de deliberação assenta no facto de a primeira ter de ser devidamente convocada enquanto a segunda, porque não precedida de convocatória, exige a presença de todos os sócios e a vontade unânime de que a assembleia tenha lugar e que nela se delibere sobre determinado assunto. A estas três formas de deliberar, taxativas no que às sociedades anónimas respeita, acresce a possibilidade de deliberar por voto escrito, privativa das sociedades por quotas (e extensível às sociedades em nome coletivo por remissão do n.º 1 do artigo 189.º do CSC), nos termos do previsto pelo artigo 247.º do CSC.

#### **DAS DELIBERAÇÕES UNÂNIMES POR ESCRITO**

As deliberações unânimes por escrito não exigem qualquer reunião de sócios para a sua formação, porém, como se depreende, torna-se indispensável para a sua validade a aprovação expressa e unânime por parte dos sócios e a redução a escrito

da deliberação. Do CSC não resulta diretamente que estas deliberações possam ser tomadas por via eletrónica. Porém, nada o impede. Na verdade, estes requisitos podem, atualmente, ser cumpridos com recurso às TIC se consideramos que: *i) por um lado*, o documento eletrónico tem o mesmo valor jurídico que é concedido ao documento escrito apresentado em suporte de papel, nos termos do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto, com as respetivas alterações, em particular as produzidas por via do Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de abril, equiparação, aliás, reforçada e reafirmada no artigo 4.º A do CSC; *ii) e que, por outro lado*, o valor jurídico concedido à assinatura autógrafa é, verificados os requisitos legais, estendido à assinatura eletrónica e cria as presunções, entre outras, de que tal assinatura foi aposta com a intenção de assinar o documento eletrónico e de que o documento não sofreu, em momento posterior ao da aposição da assinatura eletrónica, qualquer alteração. Desta forma, nada obsta a que as deliberações unânimes por escrito possam ser tomadas exclusivamente por via eletrónica desde que, naturalmente, o documento que alberga a deliberação seja assinado eletronicamente por todos os sócios e que se depreenda, de forma clara, os respetivos sentidos de voto (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto).

#### **DAS DELIBERAÇÕES POR VOTO ESCRITO**

Por sua vez, as deliberações por voto escrito vêm consagradas no artigo 247.º do CSC, na parte especialmente dedicada às sociedades por quotas, uma vez que é a estas sociedades que se destinam podendo, inclusivamente, ser afastadas no respetivo contrato de sociedade. De acordo com o procedimento aqui referido, a validade das deliberações por voto escrito está dependente da verificação de variados requisitos. Primeiramente, esta forma de deliberar não serve para todos os assuntos, pois, em determinadas situações a lei afasta-a. Sendo admitida legal e contratualmente, têm os sócios, caso a caso, de concordar com a tomada de deliberação por esta via. Para obter o assentimento dos sócios deve o gerente consultá-los, por carta registada, dando conta do assunto objeto da deliberação a tomar e referindo que a falta de resposta, dentro dos quinze dias seguintes ao da expedição da carta registada, implica o assentimento à deliberação por voto escrito. Uma vez obtida a concordância de todos os sócios, ou melhor dizendo, não tendo sido recebida, dentro do supramencionado prazo de quinze dias, qualquer oposição

à tomada da deliberação por voto escrito, deverá o gerente remeter nova carta registada a cada um dos sócios com a proposta concreta da deliberação convidando-os, assim, a exercer os respetivos direitos de voto em prazo que indicará e que não poderá ser inferior a dez dias. Ora, os prazos aqui referidos e a exigência de carta registada determinam que esta deliberação seja demasiadamente morosa e, por isso, não revista grande interesse para as sociedades por quotas. Note-se que podem ser necessários cerca de 30 dias para a tomada desta deliberação o que, atendendo ao facto de uma assembleia geral necessitar apenas de quinze dias para ser convocada, não lhe confere grandes vantagens face a este processo deliberativo. A esta evidência acresce ainda o facto de a proposta concreta da deliberação, a remeter aos sócios, dever ser acompanhada de toda a informação necessária para a formação do voto, como se compreende. Ora, esta exigência pode obrigar a que tenham de ser remetidos aos sócios inúmeros documentos e, com isso, aumentar os custos deliberativos. Certo é que esta forma de deliberar não foi bem recebida na prática e tem sido pouco utilizada. Somada esta conclusão à iniciativa legislativa de implementar as TIC no funcionamento dos órgãos sociais, entendemos que o legislador perdeu uma excelente oportunidade para revitalizar esta forma de deliberar que, com o auxílio das TIC, poderia ser efetivamente interessante e útil para as sociedades por quotas. Apesar de não o ter feito, cremos que é possível às sociedades por quotas lançarem mão das TIC neste processo deliberativo. Vejamos. Referimos supra que, à luz dos dizeres do Decreto-Lei n.º 99-D/99, o valor probatório dos documentos eletrónicos é, sempre que cumpre os respetivos requisitos, equivalente ao valor probatório dos documentos materializados em papel. Afirmamos, agora, que o mesmo diploma declara, no n.º 3 do artigo 6.º, que a “comunicação do documento electrónico, ao qual seja aposta assinatura electrónica qualificada, por meio de telecomunicações que assegure a efectiva recepção equivale à remessa por via postal registada e, se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário que revista idêntica forma, equivale à remessa por via postal registada com aviso de recepção”. Trata-se, pois, de uma equiparação legal genérica admitida em todas as situações exceto quando, de forma especial, o legislador a venha a afastar. Quer isto dizer que, se no âmbito das deliberações por voto escrito o legislador nada disse a respeito da utilização das TIC, nada poderá obstar à aplicação do regime geral. Vale por dizer que, não vemos

obstáculos a que a consulta aos sócios, o envio da proposta concreta objeto da deliberação, o convite ao voto e a resposta, sejam efetuados por correio eletrônico desde que em tal comunicação seja aposta a assinatura eletrônica qualificada do respetivo remetente (nos primeiros casos, obrigatoriamente a do gerente, no último obrigatoriamente a do sócio votante). Apesar desta permissão legal, que a nosso ver, tornará mais interessante e apelativa esta forma de deliberação, o principal óbice mantém-se: a morosidade que representa. Por isso, é urgente a intervenção legislativa no sentido de reduzir os prazos sempre que se faz uso do correio eletrônico com assinatura eletrônica qualificada em substituição da carta registada. Naturalmente que esta utilização obrigaria a um acordo prévio por parte dos sócios que deveria, em nossa opinião, constar diretamente dos estatutos da sociedade.

#### **DAS DELIBERAÇÕES EM ASSEMBLEIA GERAL**

Observaremos, por fim, a utilização das TIC nas assembleias gerais das sociedades anónimas e das sociedades por quotas. Como referimos, pronunciou-se, sobre esta matéria, o legislador em 2006, permitindo que as convocatórias das sociedades anónimas, sempre que sejam nominativas todas as ações, sejam expedidas por correio eletrônico com recibo de leitura, remetido com a antecedência mínima de vinte e um dias (n.ºs 3 e 4 do artigo 377.º do CSC) em substituição da publicação efetuada com um mês de antecedência (n.º 1 do artigo 377.º do CSC)<sup>2</sup>. Parece-nos uma excelente medida que, como se depreende, permitiria concretizar os objetivos da convocatória de forma mais eficaz e pessoal. Não fora o legislador pecar na forma, estamos em crer que seria uma medida amplamente adotada pelas sociedades. Porém, como deixamos antever, o legislador não tratou devidamente esta matéria. Com efeito, estava já prevista a possibilidade de a publicação ser substituída por carta registada, pelo que, o legislador apenas veio consagrar, a par desta, a possibilidade da utilização do correio eletrónica. Pretendia-se, portanto, pensamos, encontrar um sucedâneo telemático à carta registada que facilitasse a expedição da convocatória. Esqueceu-se, porém, o legislador que esta equiparação legal já tinha sido feita há vários anos por via do Decreto-Lei n.º 290-D/99 e, portanto, bastar-lhe-ia remeter para tal diploma. Não foi essa, todavia, a solução

<sup>2</sup> Note-se que, nos termos da Lei n.º 15/2017, de 3 de maio, proíbe a emissão de valores mobiliários ao portador passando todas as ações a ser obrigatoriamente nominativas. Desta forma, todas as sociedades terão a possibilidade de optar por esta substituição.



acolhida optando-se por consagrar, na parte final do preedito n.º 3 do artigo 377.º do CSC, que as publicações da convocatória podem ser substituídas “em relação aos accionistas que comuniquem previamente o seu consentimento, por correio electrónico com recibo de leitura”. São, pois, três os requisitos exigidos para validar a convocatória nestes termos: *i)* consagração da substituição no contrato; *ii)* consentimento prévio dos acionistas; *iii)* recibo de leitura. Como facilmente se pode verificar, tais requisitos diferem daqueles outros, supramencionados, que são exigidos pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99 para equiparar o correio electrónico à carta registada. Face a esta dualidade de critérios e de requisitos, fica o presidente da mesa da assembleia geral, ou quem tiver a incumbência de, no caso concreto, convocar a assembleia, com a possibilidade de utilizar qualquer uma das vias: a do Decreto-Lei n.º 290-D/99 substituindo a carta registada pelo envio de uma mensagem electrónica com a aposição da sua assinatura electrónica qualificada ou a diretamente plasmada no n.º 3 do artigo 377.º seguindo os requisitos que enunciámos, respeitando sempre os dizeres do contrato. Em nosso entendimento, apenas a primeira opção está isenta de perigos já que a segunda possibilidade acarreta uma série de dúvidas que inibem, os mais cuidadosos, de a utilizar. Em primeiro lugar, se a legitimidade de quem convoca a assembleia é garantida pela aposição da respetiva assinatura não sendo esta exigida é expectável que surjam dúvidas a este respeito. Em segundo lugar, a exigência do recibo de leitura aos sócios é um requisito de validade da convocação não se fazendo, no entanto, qualquer referência às consequências decorrentes do não envio de tal recibo. Perguntar-se-á, legitimamente, se tal omissão beliscará a validade da convocatória. As consequências para uma convocatória contrária à lei são graves, culminando, em regra, em deliberações anuláveis e, em casos de maior gravidade, em deliberações nulas. Bem se compreende, pois, a parca utilização que as sociedades têm feito desta possibilidade. Lamentavelmente, o legislador não aproveitou o que estava já e optou por criar um regime novo que não foi devidamente pensado e, por isso, não é conforme os interesses das sociedades.

Ainda no âmbito das assembleias gerais das sociedades anónimas, devemos atentar nos dizeres da alínea b) do n.º 6 do artigo 377.º do CSC que admite que as mesmas sejam realizadas através de meios telemáticos, desde que a sociedade assegure a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações. De forma absolutamente inovadora, veio o legislador, em 2006, admitir a realização

de assembleias gerais virtuais (parcial e totalmente virtuais). Trata-se de uma boa medida que pretendia, além do mais, revitalizar a assembleia geral chamando os sócios a participar nos trabalhos sem terem os custos, monetários e temporais, associados às reuniões físicas. Criticamos, no entanto, o facto de não se ter legislado em conformidade no que ao exercício do direito de voto respeita. Na verdade, da leitura do n.º 9 do artigo 384.º do CSC, resulta claro que o voto à distância está apenas pensado para o voto por correspondência postal e não para o voto eletrónico e menos ainda para o voto eletrónico a exercer durante a assembleia (absolutamente essencial nas assembleias totalmente virtuais e bastante útil nas assembleias parcialmente virtuais).

Analiseemos, por fim, as deliberações tomadas em assembleia geral no âmbito das sociedades por quotas. Aquando da reforma de 2006, o legislador nada disse a propósito da utilização das TIC nas deliberações das sociedades por quotas. Limitou-se, como referenciámos, a pronunciar-se sobre as sociedades anónimas. Pese embora o silêncio propositado do legislador, não nos sobram dúvidas sobre a possibilidade de as sociedades por quotas usarem os meios telemáticos para tomarem deliberações em assembleia geral. Assim, por um lado, basta trazeremos à colação o referido a propósito da substituição da carta registada por correio eletrónico dotado de assinatura eletrónica qualificada para percebermos que as assembleias gerais podem ser convocadas por esta via. Por outro lado, quanto ao local para a realização das assembleias, recorremos à remissão legal geral efetuada no n.º 1 do artigo 248.º do CSC que manda aplicar às assembleias gerais das sociedades por quotas o disposto sobre assembleias gerais das sociedades anónimas, salvo no que quanto àquelas esteja consagrado em norma específica. Ora, de entre as ditas normas específicas das sociedades por quotas nenhuma constam que se dediquem a regular o local da realização das assembleias e, por isso, apenas nos resta aplicar o n.º 6 do artigo 377.º do CSC. Somos, por isto, conduzidos a concluir que também nas sociedades por quotas se admite a realização de assembleias virtuais (total e parcialmente) conforme argumentos anteriormente aduzidos. Admitindo-se, como entendemos que é de admitir, a realização de assembleias virtuais teremos de admitir que o exercício do direito de voto pode (e, por vezes tem) de ser realizado à distância, através da utilização de meios telemáticos. Embatemos, de novo, nos problemas, que anteriormente enunciámos, trazidos pelo n.º 9 do artigo 384.º do

CSC quanto à aplicação ao voto eletrónico.

### CONSIDERAÇÃO FINAL

Aqui chegados, resta, muito sinteticamente, referir que a utilização das TIC no âmbito da tomada de deliberações dos sócios fica muito aquém da potencialidade que reveste. No entanto, apenas com alterações legislativas que dissipem as dúvidas instaladas, que integrem as lacunas referidas e que se ajustem às atuais capacidades técnicas e necessidades práticas, poderão as sociedades retirar das TIC um proveito adequado e útil. Até lá, as alterações produzidas em 2006 pouco mais serão do que inúteis.

### BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco e KRASNOPEROVA, Larisa, «Algumas considerações sobre o regime jurídico da assinatura electrónica e digital, na Rússia e em Portugal», *Scientia Iuridica*, n.º 302, tomo LIV, Abril – Junho, 2005.
- ANSA, *L'utilization des moyens de télétransmission et les assemblées générales d'actionnaires*, relatório coordenado por Philippe Bissara, Janeiro, 2000.
- BAUMS, Theodor, «El Código alemán de Gobierno corporativo del año 2002: relaciones entre la regulación legal y autorregulación», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas, 10.º aniversário da RdS*, Aranzadi, 2005, pp. 65 a 88.
- CABRAS, Giovanni, «L'assemblea in videoconferenza nelle società di capitali», *Vita Notarile*, 2001.
- COELHO, Eduardo de Melo Lucas, «Formas de deliberação e votação dos sócios», *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 330 a 360.
- COELHO, Eduardo de Melo Lucas, *A Formação das Deliberações Sociais – Assembleia Geral das Sociedades Anónimas*, Coimbra Editora, 1994; Conselho Geral da ordem dos advogados, «A Assinatura Electrónica – Teoria e Prática», 2000.
- CORREIA, Miguel Pupo, «Assinatura electrónica e certificação digital», 2003.
- DAVIO, Etienne, «Questions de certification, signature et cryptographie» in *Internet Face au Droit*, Cahier du Centre de Recherches Informatique et Droit, n.º 12, Bruxelles, Kluwer, 1997, pp 65 a 86.
- FERNÁNDEZ del POZO, Luis Fernández del, e VINCENT CHULIÁ, Francisco, «Internet et derecho de sociedades. Una primera aproximación», *RdS*, Madrid, n.º 237, julio-septiembre, 2000, pp. 915 a 2002.

- FURTADO, Pinto, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2005.
- MONTERIO, Jorge Sinde, «Direito privado europeu - Assinatura electrónica e certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)», *RLJ*, ano 133.º, 2001.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, “Assinatura Electrónica e Certificação” in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. III, Coimbra Editora, 2002, páginas 109 a 120.
- VENTURA, Raúl, *Sociedade por Quotas - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III, Almedina, 1999, 2ª reimpressão da 1ª edição de 1991.
- ZAGRA, Giovanni, «Azione di assemblea per posta elettronica e svolgimento in videoconferenza», *Le Società*, 2001.

---

## **A MULHER DA RUA: ANÁLISE DE UMA DECISÃO JUDICIAL BRASILEIRA**

---

**EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN<sup>1</sup>**

**NATÁLIA DE SOUZA E MELLO ARAÚJO<sup>2</sup>**

*Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ – Brasil*

### **SUMÁRIO**

Introdução. 1. Entendendo o caso. 2. O modelo senhor/serva de Carole Pateman. 3. A teoria sexual impulsional masculina. 4. A mulher da rua. 5. A moral ética e a moral sexual. Conclusão. Referências Bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Direito - UNESA/RJ. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito UNESA/RJ. Coordenadora da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UNIRIO. Coordenadora do Grupo Institucional de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social- GPDHTS. Membro da Law & Society Association/EUA. [ershogemann@gmail.com](mailto:ershogemann@gmail.com)

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Público e Transformação Social pela Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ

## INTRODUÇÃO

O tema Direitos Humanos é, atualmente, pauta em praticamente todos os ambientes. Acontecimentos como a eleição de Donald Trump nos Estados Unidos, os terrores do Estado Islâmico – que chamaram a atenção para as violações aos direitos humanos que ocorrem diariamente no Oriente Médio – o crescimento dos movimentos feministas e LGBTQTTIS, a criminalização do racismo no Brasil, dentre outros milhares de casos, levam a questão dos Direitos Humanos não apenas para o âmbito acadêmico das ciências sociais como para a sociedade como um todo.

Entre as principais pautas relacionadas aos direitos humanos, está a pauta feminina, isto é, as constantes opressões sofridas pelas mulheres, bem como sua constante luta por direitos e pela aplicabilidade destes direitos.

No entanto, como será visto neste trabalho, não obstante os diversos avanços obtidos ao longo dos anos no que concerne à igualdade e respeito às mulheres e aos seus direitos, ainda vivemos em uma sociedade patriarcal e machista, em que, em alusão à obra de Roberto Da Matta, as mulheres pertencem à casa e os homens à rua.

Esse pensamento patriarcal de que às mulheres cabem as questões da vida privada, como cuidar da família, cuidar da casa e, principalmente, de seu marido e de seus filhos, como que a mulher deve ser *decente, íntegra* e manter sua *honra*, é um sentimento que pertence à grande parte dos brasileiros e das brasileiras e que, como será visto adiante, é explicado por razões históricas de opressão feminina e dominação masculina.

O grande problema, porém, e objeto principal de análise nesse ensaio, é quando este machismo é institucionalizado. Isso porque as relações horizontais, isto é, os direitos fundamentais aplicados de forma horizontal não podem ser controlados pelo Estado, salvo quando acionado.

A igualdade e os direitos humanos são princípios constitucionais que devem pautar as condutas do Estado em relação aos indivíduos, bem como as relações interpessoais. No entanto, estas últimas dependem de diversos fatores como educação, conhecimento, respeito, dentre outras, ou seja, dependem de fatores individuais, de forma que o Estado somente pode intervir quando provocado.

Contudo, este pensamento não pode, em hipótese alguma, pautar a conduta de representantes do Estado, isto é, não pode pautar ações da Administração Pública, dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, sob pena de afronta e violação direta à Constituição.

Quando se afirma que o Estado somente pode intervir em atos de desrespeito à direitos fundamentais e aos princípios constitucionais cometidos por um particular contra outro, está-se a referir, em especial, ao Poder Judiciário. Isso porque é ao Judiciário, principalmente, que os indivíduos recorrem para garantir o cumprimento e o respeito às leis e da Constituição e, conseqüentemente, para ver tutelados e garantidos os seus direitos. Assim, cabe ao Judiciário a proteção do cidadão contra violações à seus direitos fundamentais, entre os quais estão situados aqueles atos de lesão à integridade física, à saúde, à honra e à igualdade de direitos da mulher.

## **1. ENTENDENDO O CASO**

Para que seja possível a compreensão de todas as questões que serão abordadas no presente texto é imprescindível expor-se de maneira objetiva os fatos ensejadores da pesquisa que, como já mencionado, foram extraídos de um processo judicial que tramitou no estado de Goiás/BR, cujo recurso de apelação se deu junto à 4ª câmara Cível do Tribunal de Justiça daquele estado.

O caso tratava de um homem que buscou a tutela jurisdicional em face de um estabelecimento e da dançarina solidariamente visando indenização por danos morais e estéticos, além de custeio de prótese para o olho lesionado e pensão vitalícia em valor a ser definido pelo Juízo. O autor da ação se identificou como vítima de agressão física cometido por uma dançarina em uma Casa de Shows. Esse homem alegou que, no momento em que estava assistindo a performance da dançarina, ela deu um chute para trás, vindo a lhe atingir no olho com o salto de seu sapato, o que lhe causou cegueira.

Em sede de defesa a dançarina alegou que o chute desferido teria

sido tão somente um ato reflexo, involuntário, e que não teve qualquer intenção de lesionar aquele homem. Alegou que o ato reflexo – o chute – foi provocado pelo próprio homem, uma vez que ele lhe tocou em suas partes íntimas<sup>3</sup>, o que lhe causou grande humilhação.

A dançarina ainda narrou que não sabia exatamente qual era o homem que havia praticado tal ato, em razão de que estava cercada por vários deles. Alega que ao sentir o referido toque teve o impulso instintivo de chutar para trás para afastar a sensação ao mesmo tempo dolorosa e desagradável.

Em primeira instância, os réus não lograram êxito e foram condenados solidariamente a indenizar o tal homem em R\$ 100 mil (cem mil reais) por danos morais, R\$ 90 mil (noventa mil reais) pelo dano estético relativo à perda do globo ocular, pagamento de pensão vitalícia ao autor no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo, e também custear a prótese para o olho lesionado. Além das custas e honorários fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Irresignada com a sentença prolatada, a dançarina apela ao Tribunal de Justiça de Goiás que mantém a sentença monocrática, com base no voto da desembargadora Elizabeth Maria da Silva que irá ser o objeto de análise em relação aos fundamentos utilizados pela magistrada para alcançar sua conclusão, bem como a evidência do solipsismo epistemológico, que leva a que aplicadores não observem que o Direito deve ser dissociado da moral, uma vez que ele deve ter autonomia e aplicação independente da moral, conforme entendimento de Streck, em oposição a Dworkin..

## 2. O MODELO SENHOR/SERVA DE CAROLE PATEMAN

Carole Pateman, em sua obra o Contrato Sexual, integra uma linha de pensadores feministas que interpretação a questão da dominação e da subordinação com base em um modelo que se fundamenta em uma posição

<sup>3</sup> No Termo de Declaração prestado na Delegacia de Polícia a dançarina alegou que “no momento que abaixou para ficar “de quatro”, sentiu alguém passar a mão em suas nádegas, nos dizeres da declarante: “Ele enfiou o dedo em mim”. A declarante assustou e em ato contínuo deu um chute (coice) para trás.”



de senhor, que domina, e uma que se sujeita - a serva. Desta forma, segundo este modelo, a mulher se encontra na condição de sujeição, uma vez que é sujeitada diretamente ao domínio e comando de um homem individual.

Nancy Fraser, ao interpretar a obra de Carole Pateman, afirma que *“a dominação masculina, portanto, é uma relação de poder diádica em que um superior masculino comanda uma subordinada feminina. É uma relação de domínio e sujeição”*.<sup>4</sup>

Esta mesma autora afirma que o contrato sexual de Pateman estabelece o sentido patriarcal da diferença sexual, definindo a masculinidade como a dominação pelo senhor, enquanto a feminilidade seria a sujeição da serva. E afirma que

Ser homem, então, significava comandar sexualmente uma mulher, ter direito de acesso a um determinado corpo feminino individual. O que significa ser mulher, correlativamente, é estar sexualmente sujeitada a algum homem. Assim, na visão de Pateman, o modelo diádico senhor/serva constrói nosso entendimento de masculinidade, feminilidade, sexualidade e diferença sexual. É o padrão simbólico da cultura patriarcal.<sup>5</sup>

Como se verá mais adiante, ao afirmar, em obra publicada em 1993, que ser homem significava ter direito de acesso a um determinado corpo feminino, Pateman explica em parte a razão pela qual um membro do Poder Judiciário, uma mulher, no ano de 2017, não leva sequer em consideração a conduta de um homem que, sem qualquer permissão, toca as partes íntimas de determinada mulher – dizemos determinada porque esta não é qualquer mulher, como se verá adiante.

Ainda interpretando a obra de Pateman, ao tratar do contrato de prostituição, um dos contratos da vida real discutidos na obra daquela

4 FRASER, Nancy, Para Além do Modelo Senhor/Serva: sobre o Contrato Sexual de Caroline Pateman in MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. Teoria Política Feminista. Editora da UFF. Editora Horizonte, p. 251.

5 Ibidem, p. 252.

autora, Fraser sustenta que a prostituição é “*uma manifestação comercial do contrato sexual na vida real, um caso de direito sexual masculino que virou público*”.<sup>6</sup>

Ainda sobre o que o contrato de prostituição representa para o modelo patriarcal e a questão da sexualidade, Fraser afirma que

O contrato de prostituição, assim, estabelece uma relação de senhor/serva em que um homem comanda o corpo de uma mulher e, portanto, desempenha os sentidos patriarcais da masculinidade como domínio sexual de um senhor e da feminilidade como sujeição sexual de uma serva. Assim, longe de ser uma simples troca em um mercado livre, a prostituição institucionaliza o direito sexual masculino<sup>7</sup>.

Assim, temos que (i) vivemos em uma sociedade patriarcal e machista, baseada, segundo a teoria de Pateman – fortemente aplicada ao caso analisado neste trabalho – em um modelo de dominação e sujeição, um modelo senhor/serva, no qual a mulher é sujeita à dominação masculina; (ii) esta dominação, além de outras questões, inclui a dominação sexual, de modo que ser homem significa ter comando e domínio sobre o corpo de uma mulher e, por fim (iii) o contrato de prostituição institucionaliza o direito sexual masculino, tornando público o *direito sexual* do homem.

Embora a mulher objeto do caso em estudo seja uma dançarina de uma casa de shows, o que é diferente de uma prostituta, o mesmo princípio se aplica à ela, uma vez que sua atividade profissional envolve o seu corpo e, conseqüentemente, a sexualidade e a masculinidade, tendo em vista que a maioria do público que assiste a sua dança é composta por homens.

Desta forma, a primeira análise sociológica que envolve o caso antes narrado e a decisão que ainda será analisada é que a dançarina que, por um ato reflexo, acertou o olho do homem que lhe tocou as partes íntimas durante uma apresentação, representa todas estas questões acima

<sup>6</sup> FRASER, Nancy, op. cit., p.259

<sup>7</sup> Ibidem, p.260.

citadas. É a serva, a dominada, ainda quando está em uma posição que deveria pressupor poder sobre os homens, uma vez que está em cima de um palco, sendo observada por eles. Sua posição é a representação do direito sexual masculino, de sua dominação sobre o corpo feminino.

Como se verá, a magistrada não condenou ou reprovou a conduta do homem de tocar inadequadamente e sem permissão as partes íntimas de uma determinada mulher – insistimos na questão do *determinada* porque se trata de uma categoria de mulher, e não de qualquer mulher – mas tratou a questão como se tocar aquela mulher fosse um direito daquele homem.

### 3. A TEORIA SEXUAL IMPULSIONAL MASCULINA

A antropóloga Tania Salem escreveu a obra “Homem...já viu, ne?”, que trata sobre as representações de homens de classe popular sobre a sexualidade masculina e feminina. Nesta obra se vê claramente representada a seguinte equação: descontrole sexual masculino/controlado sexual feminino.

Salem concluiu, através das respostas dos homens que foram entrevistados em sua pesquisa, que para eles as diferenças entre a sexualidade masculina e feminina deriva, principalmente, do fato de os homens estarem sujeitos a “impulsos sexuais incontroláveis”<sup>8</sup>, enquanto as mulheres possuem maior controle sobre sua própria sexualidade.

A autora afirma que, de acordo com os resultados de sua pesquisa, *“a representação nativa da sexualidade masculina pode ser, em suma, formalizada nos termos de uma teoria sexual pulsional. Ela fala de uma energia irresistível – sentida como “vontade do corpo”, que deve ser descarregada sob pena de gerar perturbação”*

Em seu voto, a magistrada do caso analisado narra que, segundo os depoimentos prestados em juízo e os registros de vídeo e áudio, não havia barreira de proteção capaz de impedir clientes de se aproximarem do palco, ou mesmo qualquer segurança da boate, que pudesse impedir que os

8 SALEM, Tania. “Homem...já viu, ne?: representações sobre sexualidade e gênero entre homens de classe popular in HEILBORN, Maria Luíza. Família e Sexualidade. Editora FGV,p.16.

9 Ibidem. P.19.

frequentadores tocassem a dançarina.

Tal fato, além de demonstrar imenso descaso da própria Casa de Shows em que a dançarina trabalha com a segurança de suas dançarinas, representa forte pensamento preconceituoso da magistrada de que, se não havia barreiras que impedissem os homens de tocarem as dançarinas, não havia razão para que não o fizessem.

O fato de tocar as partes íntimas de uma mulher sem sua permissão, independentemente da atividade profissional por ela desenvolvida, além de configurar estupro, segundo a nova legislação penal brasileira sobre o assunto, representa violação expressa à integridade física e psíquica da pessoa, direitos fundamentais constitucionalmente assegurados a todo ser humano.

No entanto, a desembargadora, imbuída de preconceitos sociais, que serão ainda mais desenvolvidos no decorrer deste trabalho, negou expressamente tais direitos à dançarina. Isto é, justamente a pessoa que deveria prezar pela tutela de tais direitos e garantir com que eles lhe fossem assegurados, foi a pessoa que afirmou, quase que explicitamente, que ela não os possui, em razão de ser uma dançarina de uma Casa de Shows.

Ainda em seu voto, ao relatar o depoimento do segurança da boate, ela narra que *“Indagado, mais adiante, acerca da suposta invasão do palco pelo autor, o depoente disse que o postulante não subiu, mas, junto com os demais clientes da casa, eufóricos com a apresentação da dançarina, apenas teria chegado próximo à apelante, sendo que todos tentavam tocá-la”*.

Nesta parte do depoimento do segurança é possível verificar claramente a chamada teoria sexual impulsional masculina, mencionada por Tania Salem. Podemos observar que a desembargadora narra que todos os homens, eufóricos com a apresentação da dançarina, tentavam tocá-la, e apenas isso.

Desta forma, naturaliza-se uma conduta, qual seja, tocar o corpo da dançarina, como se fosse uma consequência lógica da euforia que aquela mulher causa aos homens, como se tal ato fosse um impulso incontrolável e como se aquela mulher fosse um objeto e, portanto, não tivesse direitos.

Como se seu corpo fosse propriedade deles, que *apenas* queriam tocá-lo.

Assim, mais uma vez pode ser observado no voto desta magistrada que, como afirmam as teorias sociais feministas que envolvem a equação de dominação masculina e sujeição feminina, este pensamento está arraigado na nossa sociedade e, ainda mais grave, em membros do Poder Judiciário, que deveriam buscar a garantia da igualdade material entre os gêneros, bem como o respeito e a tutela dos direitos fundamentais de todo indivíduo.

#### 4. A MULHER DA RUA

*“Somos uma pessoa em casa, outra na rua e ainda outra na igreja, terreiro ou centro espírita”*<sup>10</sup>, afirma Roberto DaMatta sobre a sociedade brasileira, na qual há códigos específicos para cada esfera social. *“Nossa lógica é relacional”*, diz ele, *“no sentido de que estamos sempre querendo maximizar as relações e a inclusão, criando com isso zonas de ambiguidade permanente.”*<sup>11</sup>

DaMatta explica a ambiguidade da sociedade brasileira com a representação da casa e da rua, na qual esta última indicaria um universo de imprevisões, acidentes, paixões, ou seja, significa basicamente o mundo. Por outro lado, a casa remete a um universo controlado, de acordo com o autor, onde as coisas estão onde deveriam estar. Roberto DaMatta afirma que a rua implica movimento, ação e novidade, além de ser o local onde se trabalha, enquanto a casa representa calma, harmonia e afeto – e é onde se descansa<sup>12</sup>

Assim, os grupos sociais que ocupam a casa são radicalmente diversos daqueles da rua. Na casa, temos associações regidas e formadas pelo parentesco e relações de sangue; na rua, as relações tem um caráter indelével de escolha, ou implicam essa possibilidade. Assim, em

10 DAMATTA, Roberto. A Casa e a Rua. Disponível em [http://jornalismoufma.xpg.uol.com.br/arquivos/a\\_casa\\_e\\_a\\_rua.pdf](http://jornalismoufma.xpg.uol.com.br/arquivos/a_casa_e_a_rua.pdf). p.106.

11 DAMATTA, op cit, p.106.

12 Idem, Roberto. Carnavais, malandros e heróis. Rocco, 1936. P. 93

casa as relações são regidas naturalmente pelas hierarquias do sexo e das idades, com os homens e mais velhos tendo a precedência; ao passo que na rua é preciso muitas vezes algum esforço para se localizar e descobrir essas hierarquias, fundadas que estão em outros eixos. Desse modo, embora ambos os domínios devam ser governados pela hierarquia fundada no respeito, conceito relacional básico do universo brasileiro (cf. Viveiros de Castro, 1974), o local básico do respeito se situa nas relações entre pais e filhos, sobretudo no eixo que, em muitos contextos, parece reproduzir nitidamente a relação patrão-empregado.<sup>13</sup>

Desta forma, DaMatta explica que na casa há controle e predomina a hierarquia dos homens mais velhos, enquanto na rua as hierarquias são fundadas em outros eixos, diferentes dos eixos familiares da casa. Ademais, afirma que, embora o respeito deve-se reger as relações, ainda que de dominação e hierarquia, o respeito se situa nas relações entre pais e filhos, ou seja, na relação de casa. Isso faz com que na rua devamos estar atentos, uma vez que lá é o local da malandragem, do engano e da decepção.

O autor afirma que *“na rua, então, o mundo tende a ser visto como um universo hobbesiano, onde todos tendem a estar em luta contra todos, até que uma forma de hierarquização possa surgir e promover alguma ordem.”*<sup>14</sup> Voltaremos a falar sobre o universo hobbesiano neste trabalho, mas importa, neste momento, compreender a que tipo de mulher da sociedade brasileira a magistrada do caso estudado negou direitos fundamentais.

DaMatta levantou a questão do respeito que, normalmente, se encontra no âmbito das relações familiares, isto é, na casa. A antropóloga Tania Salem, em pesquisa já mencionada neste trabalho, ao comparar

---

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Ibidem.

as mulheres “de fora”, que seriam as parceiras sexuais mais ou menos ocasionais, mas que não são namoradas ou esposas, e as mulheres “da rua”, afirma que a diferença entre elas está justamente no critério “respeito”.

Ela afirma, ainda, que o respeito que os homens prestam às mulheres tende a coincidir com a maneira com que avaliam o seu comportamento sexual e, conseqüentemente, a maneira como elas devem ser tratadas e como são discriminadas.<sup>15</sup>A autora conclui que

Os qualificativos “da vida”, “da rua”, aos quais os homens recorrem para se referir a essas mulheres, metaforizam que elas são personagens vistas como desvinculadas de teias familiares ou outras – como que não estando submetidas nem a seu controle nem à sua proteção. Elas são representadas, e apresentadas, como mulheres mais individualizadas, no sentido que DaMatta (1979) empresta ao termo. São elas que, vivendo “no sol, na rua”, os homens “não perdoam”. E isso em vários sentidos.<sup>16</sup>

Voltando a Roberto DaMatta, em sua obra *O que faz o Brasil, Brasil?*, o autor compara a mulher brasileira com a comida brasileira. E ele inicia esta comparação com o chulo trocadilho “mulher oferecida não é comida”, que relaciona o ato sexual ao ato de ingerir alimentos, referindo-se à mulher da rua, a prostituta, ou aquela mulher que é dona de sua própria sexualidade e seduz o homem.<sup>17</sup>

Sobre a comparação entre a mulher da casa e a mulher da rua, ainda as relacionando com a comida, DaMatta afirma que

Assim, a mulher que põe à disposição do grupo

15 SALEM, Tania. “Homem...já viu, ne?: representações sobre sexualidade e gênero entre homens de classe popular in HEILBORN, Maria Luiza. *Família e Sexualidade*. Editora FGV. P.44.

16 *Ibidem*, p.46.

17 DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rocco, 1984. P.60.

(da família) seus serviços domésticos, seus favores sexuais e sua capacidade reprodutiva torna-se a fonte de virtude que, na sociedade brasileira, se define de modo pastoral e santificado. É a virgem, a esposa e a mãe que reside nas casas e que jamais é comida ou poderá virar comida: presa fácil de homens que se definem como sexualmente vorazes. (...) Ora, a mulher da rua, essa que é a comida de todos, é algo muito diferente, conforme já assinaei acima. Em contraste com a mãe, a virgem e a boa esposa, ela surge como aquela mulher que pode literalmente causar indigestão nos homens, provocando a sua perturbação moral. Dessas mulheres deve-se fugir – diz a moral brasileira tradicional – mas sem elas, reza paradoxalmente essa mesma ética, o mundo seria insosso como uma comida sem sal.<sup>18</sup>

Desta forma, podemos afirmar que a casa pertence à mulher – a mulher respeitada, honrada, a mulher que não é comida de todos, segundo a associação de DaMatta, enquanto a rua é espaço do homem, que trabalha, que é malandro e aventureiro, que é livre.

Ao tratar sobre família e honra, Cláudia Fonseca aponta que *“para uma mulher assumir publicamente que esteve na rua, incorporando no seu relato autobiográfico o fato de que já desfrutou da liberdade ou das aventuras desse mundo tido como masculino, ela precisa de uma boa desculpa”*.<sup>19</sup>

Esta autora afirma, ainda, que a malandragem da mulher, isto é, da mulher da rua, não é aceita pela sociedade de forma semelhante à virilidade masculina. Qualquer narrativa que parta de uma mulher sobre suas aventuras e espertezas pode ser interpretada de forma ambivalente e

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> FONSECA, Cláudia. Família, fofoca e honra: etnografia de relações de gênero e violência em grupos populares. Editora da Universidade/UFRGS. P.127.



tornar-se referência à “sem-vergonhice” da mulher namoradeira, da mulher da rua.<sup>20</sup>

Neste trabalho foi mencionada diversas vezes que ao nos referirmos à mulher do caso analisado não tratávamos de mulheres como uma única categoria, mas sim de determinada categoria de mulheres. Isso porque a mulher em questão, a dançarina, é a mulher da rua, e não a mulher de casa. Desta forma, essa é a mulher que não é tratada com respeito, é a comida de todos, segundo DaMatta, é a que lhes causa perturbação moral e é de quem devem fugir, segundo a moral brasileira.

Desta forma, tendo em vista a dominação/sujeição do senhor/serva, a teoria sexual impulsional masculina e seu desejo incontrolado, bem como a mulher da rua, que não é digna de respeito – e sequer de direitos, conforme o caso em estudo – a magistrada concluiu que *“a própria natureza do trabalho por ela desempenhado já pressupõe que assédios, como os que recebeu, eram frequentes e esperados, de forma que uma ação desproporcional como a que por ela foi tomada não se mostraria razoável para impelir a agressão que diz ter sofrido à sua intimidade.”*

A desembargadora corroborou, portanto, com todas as teses aqui apresentadas. Ao afirmar que a natureza do trabalho por ela desempenhado, qual seja, dançarina de uma Casa de Shows, pressupõe estes tipos de assédios - que são esperados - afirmou que o corpo desta dançarina é propriedade do homem, é direito sexual masculino e que os assédios por ela sofridos se devem também ao fato de que o desejo sexual do homem é incontrolável, é impulsivo, de modo que, se ela dança para eles deve aceitar tais assédios.

A magistrada reduziu a violação à integridade física e psíquica da dançarina – para não dizer estupro – a ocorrência de um *“fato do serviço, também chamado de acidente de consumo, que é a falha na prestação do serviço capaz de gerar um dano que atinge a saúde ou a segurança do consumidor, agredindo-lhe a própria integridade física.”*

Assim, a integridade física do homem agressor foi protegida, e o fato foi tratado como um acidente de consumo, uma falha no serviço por

<sup>20</sup> FONSECA, Cláudia, op cit. P.147.

ela prestado. Desta forma, a magistrada solucionou o caso com base no Código de Defesa do Consumidor, invocando a Constituição e os direitos fundamentais apenas para tratar da integridade física do agressor.

Vale ressaltar o que Streck<sup>21</sup> faz questão de repetir em suas obras, que o Direito não é aquilo que o tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que é.

Simone de Beauvoir, ao comparar as mulheres casadas com as prostitutas, afirma que a mulher casada “é respeitada como pessoa humana; este respeito começa a pôr seriamente em xeque a opressão. Ao passo que a prostituta não tem os direitos de uma pessoa; nela se resumem, ao mesmo tempo, todas as figuras da escravidão feminina”.<sup>22</sup>

No final do seu voto, acima citado, a desembargadora afirma que “*uma ação desproporcional como a que por ela foi tomada não se mostraria razoável para impelir a agressão que diz ter sofrido à sua intimidade*”. Caso uma mulher da casa, isto é, uma mulher honrada, casta, uma mulher “de família” reputasse a mesma agressão a essa magistrada, provavelmente não leríamos em sua decisão termos como “a agressão que *diz* ter sofrido à sua intimidade”. Essa frase demonstra claramente a desconfiança e o desrespeito com que a dançarina foi tratada pelo simples fato de ser uma dançarina.

Como afirmado por DaMatta, esta dançarina, esta mulher da rua, representa uma ameaça à moral social brasileira e, por esta razão, teve seus direitos mais básicos negados e foi tratada com desrespeito e desconfiança por uma representante do Poder Judiciário que deveria protegê-los.

Para que seja possível compreender a ausência de autonomia e a restrição da liberdade da mulher, necessária a compreensão da condição sociojurídica da mulher na sociedade. Primeiramente, a condição feminina no Código Civil de 1916, que, em sua redação original, a colocava em condição de completa submissão - inicialmente ao pai e depois - ao marido, na medida em que considerada incapaz civilmente (BRASIL, 2016),

<sup>21</sup> STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva

<sup>22</sup> BEAUVOIR, Simone. O Segundo Sexo. Vol. 2. A experiência vivida. 3ª ed. Rio de Janeiro, 2006.

como relata Zélia Pinho Rezende em seu depoimento junto à Comissão Parlamentar de Inquérito:

O nosso Código era uma aberração. A mulher casada ficava inteiramente sob o poder do marido. Passava a relativamente incapaz, em pior situação do que os índios, do que os menores, porque os menores, à medida em que eles iam ganhando a idade, tornavam-se emancipados. Os silvícolas, a que as mulheres casadas eram equiparadas, à medida que fossem se integrando à civilização tornavam-se emancipados: a mulher casada nunca. (SENADO FEDERAL, 1978).

Essa condição foi alterada posteriormente pelo Estatuto da Mulher casada, Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Depois dela, várias outras normas foram editadas em nível internacional e nacional, com o propósito de estabelecer igualdade de direitos entre homens e mulheres, como, por exemplo, a Declaração Sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher aprovada pela Organização das Nações Unidas (1967) e a Constituição Federal de 1988 a qual estabelece em seu artigo 5º a igualdade de todos perante a lei.<sup>23</sup>

Importante resgatar que a igualdade entre homens e mulheres prevista no texto da Constituição de 1988 já era declarada nas constituições anteriores, contudo, a interpretação que se dava não assegurava a igualdade que incluísse as mulheres. No entanto, segundo Zélia Rezende, para que essa igualdade se estendesse às mulheres, necessário foi o parecer de Ruy Barbosa declarando que cidadão brasileiro eram homem e mulher, que cidadão não era só homem (SENADO FEDERAL, 1988).

Como é possível perceber ao longo do presente ensaio, apesar das inovações legislativas, a igualdade ficou no campo formal, e, na prática, não se efetivou. Paulatinamente, foi reconhecido à mulher o direito de exercer todas as atividades na esfera pública e privada, porém, ela não ganhou de imediato o reconhecimento social de sua condição de igualdade em relação ao homem.

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal, 05 de outubro de 1988.

A desigualdade não se restringia à esfera legal e jurídica, mas também à esfera social privada, a exemplo de sua sexualidade. A sexualidade feminina historicamente foi resignada ao interesse do homem. A marginalização sexual das mulheres está arraigada nos ditames históricos e culturais, uma vez que elas são educadas por mulheres, numa sociedade em que a virilidade e o prestígio do macho estão longe de ser apagados<sup>24</sup>. Meninas são orientadas a atuar como filhas e mães, mas não como mulheres. E, sobre essa construção simbólica, complementa Beauvoir: “[...] o opressor não seria tão forte se não tivesse cúmplices entre os próprios oprimidos”<sup>25</sup>. A cultura machista não é privilégio do homem, pois as mulheres são também educadas com esses mesmos valores.

## 5. A MORAL ÉTICA E A MORAL SEXUAL. E O DIREITO?

Todos querem viver da melhor forma possível e, para isso, todos devem cooperar e viver de forma pacífica e harmoniosa com os demais. No entanto, nenhuma ordem social pode prosperar sem regras. Desta forma, regras morais devem ser entendidas como regras que são necessárias para a boa convivência social. Devemos ter regras morais para que se evite o estado de natureza hobbesiano, isto é, para que possamos ter uma convivência pacífica e cooperante.

O Estado, representando o Leviatã de Thomas Hobbes, é indispensável para manter a ordem do sistema, uma vez que é ele quem detém o poder necessário para aplicar essas regras, tendo em vista o contrato social estabelecido, do qual cada cidadão é parte.

James Rachel, em sua obra *Elementos da Filosofia Moral*, afirma que Além de explicar os propósitos do Estado, a teoria do contrato social explica a natureza da moralidade. Estão ambos estreitamente ligados: O Estado existe para aplicar as regras

<sup>24</sup> GÓIS, M.M.S. Aspectos históricos e sociais da anticoncepção. Reproduo, v. 6, n. 3, p. 119.

<sup>25</sup> BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. Vol. 2. A experiência vivida. 3ª ed. Rio de Janeiro, 2006, p.82.

mais importantes necessárias para a vida em sociedade, enquanto a moralidade consiste em todo o conjunto de regras que facilita a vida em sociedade.<sup>26</sup>

A moral social deve ser compreendida, portanto, como uma ética social, uma ética prática, como padrões éticos que regem e mantêm o controle social. A moral não pode jamais ser compreendida como a moralidade sexual, como o controle da vida sexual de cada cidadão.

Não há regras morais ou padrões de conduta ideais em questões relativas à sexualidade e ao prazer. A ética, portanto, não pode estar associada a moralismo sexual. Desta forma, não cabe ao Estado intervir na vida sexual de cada cidadão, tampouco utilizar questões de sexualidade para fundamentar decisões, como no caso em questão.

Atividades que envolvem o corpo e a sexualidade sempre representaram, e ainda representam, para a sociedade patriarcal e conservadora, uma ameaça à ordem social, uma ameaça aos “bons costumes”. No entanto, como se pode concluir deste trabalho, tal pensamento deve ser combatido e não encorajado, e muito menos utilizado para retirar direitos daquelas que os possuem.

No julgamento de uma Apelação envolvendo uma alegação de estupro cometido contra uma prostituta, de relatoria do desembargador Carlos A. Hoffmann, do Tribunal de Justiça do Paraná, foi proferida uma decisão cuja parte da ementa dispõe que

(...) No direito pátrio o sujeito passivo do delito de estupro é a mulher, pouco importando a sua qualificação, endereço, profissão ou honestidade, com o escopo de se proteger justamente a liberdade sexual do sexo feminino de qualquer forma de desrespeito, agressão ou humilhação. O direito penal não tem cunho moralista, capaz de deixar as prostitutas sem proteção legal,

<sup>26</sup> RACHELS, James. Elementos da Filosofia Moral. Filosofia Aberta. P.207.

a contrario sensu, alberga um bem jurídico maior: a liberdade sexual, a livre disposição do seu próprio corpo, que é um direito de todas as mulheres sem distinção.<sup>27</sup>

Decisões como esta, proferida por um homem, inclusive, é que devemos esperar do Judiciário brasileiro, isto é, do Judiciário de um país que tem como pilar de sua Constituição o respeito à dignidade humana, a igualdade, as liberdades individuais, os direitos fundamentais, como a integridade física e psíquica de todo ser humano.

Do Judiciário de um país que não possui em sua Carta Magna qualquer menção a determinado padrão ideal de comportamento sexual ou qualquer regra de moralidade sexual, mas sim, como afirmado pelo magistrado, princípios de liberdade sexual tanto do homem quanto da mulher, uma vez que a Constituição prevê a igualdade de direitos entre todos.

Por outro lado, cumpre apontar que as construções simbólicas que impõem a homens e mulheres determinados papéis, identificando-os dentro de sua cultura, acabam por limitar as potencialidades dos gêneros, criando rotulações sobre o que seria ou não permitido a cada um deles no âmbito social. Essa construção decorre do sistema patriarcal, que Saffioti<sup>28</sup> afirma se referir a milênios da história mais próxima nos quais se implantou uma hierarquia entre homens e mulheres, com primazia masculina.

Desde a infância, esses agentes são orientados para valores culturais opostos. Assim, enquanto os meninos são educados para o uso da força física, valorização da agressividade, ações de dominação e realização, ainda precoce, de sua vida sexual, as meninas são conduzidas pelo caminho da submissão, passividade e sentimentalismo, ou seja, a sua valorização está diretamente ligada à feminilidade, dependência e capacidade de sedução. O comportamento da mulher deve atender, assim, a essa submissão, que lhe

<sup>27</sup> RODRIGUES, Jacqueline Ribeiro; SANTANA, Isael José. Garotas de Programa e Cidadania. P.47.

<sup>28</sup> SAFFIOTI, Heleieth. Gênero, patriarcado e violência. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

importa uma consideração social de respeito e valorização.

Assim, a moralidade da mulher circunscreve-se ao seu comportamento social, que atende à imposição social na forma de se vestir, de se portar, nas suas relações pessoais monogâmicas e voltadas à família. Essa condição cria, em muitos casos, um comportamento social artificial, não condizente com a autêntica forma de pensar e sentir da mulher contemporânea, pois, muitas vezes, não importa o que ela pensa, mas o que a sociedade pensa sobre ela, especialmente, os homens, como afirma Wollstonecraft<sup>29</sup>.

Tal padrão de comportamento, quando não atendido, acaba por revelar o discurso machista e sexista que se imaginava ultrapassado. Como afirma Massoneto<sup>30</sup>, nos casos noticiados de estupro nos últimos anos, ficou claro que as mulheres são vistas como seres com vontade própria, são consideradas propriedade dos homens. Afirma ainda a autora que cabe às mulheres obedecerem às regras masculinas – ser feminina, falar baixo, aceitar ser vista como objeto sexual pois “homem é assim mesmo”. E quem não aceita as tais “regras masculinas” é culpada por tudo o que lhe vier a acontecer.

Destaca-se, ainda, que qualquer tipo de violência sexual contra a mulher, culminando no estupro é uma ofensa aos direitos humanos, porque fere o princípio angular da dignidade humana que representa a possibilidade de autodeterminação do ser humano e sua capacidade de ter uma vida plena, com direito à integridade física e psíquica, e que permite a sua autorrealização, no aspecto individual e social. A dignidade do outro estará sempre vinculada ao reconhecimento recíproco de que o ser humano não pode ser degradado ou coisificado, o que constitui a base da convivência humana em sociedade<sup>31</sup>.

29 WOLLSTONECRAFT, Mary. Reivindicação dos direitos da mulher. Tradução Ivania Pocinho Motta. São Paulo: Boitempo, 2016, p.31.

30 MASSONETTO, Grazi. O silêncio que ecoa: a cultura do estupro no Brasil. Lugar de Mulher. (05/10/2015). Disponível em:< <http://lugardemulher.com.br/o-silencio-que-ecoa-a-cultura-do-estupro-no-brasil/>>. Acesso em 03 jul 2016.

31 SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2010

A análise do voto da desembargadora que condenou a dançarina demonstrou que os fundamentos para suas conclusões foram lastreados por valores morais pessoais e desprovidos de fundamentação jurídica configurada por uma razoabilidade ou ponderação necessárias à matéria em disputa, a saber a dignidade da pessoa humana. Mas, será que é legítimo ao intérprete do direito agir tão somente em acordo com suas próprias convicções morais? Para Dworkin<sup>32</sup>, essa questão é importante já que “[...] às vezes, não fica claro, qual é a interpretação correta de uma série de decisões judiciais...” Acrescenta o autor que “[...] devemos atentar para essas diferentes maneiras em que a moral pode estar presente ao tomarmos nossas decisões acerca do que é o direito.”

Dworkin e Streck colocam-se em posições opostas. Para Dworkin<sup>33</sup>

A moral tem um papel a desempenhar em dois pontos distintos da teoria jurídica: no estágio teórico, quando se atribui valor à prática jurídica; e no estágio da decisão judicial, quando os juízes são instados a fazer a justiça... Mas as duas inserções da moral são distintas. (...) em minha opinião, o valor da integridade que deveríamos atribuir à prática da justiça atravessa o estágio doutrinário e chega até o estágio da decisão judicial porque, argumento, a integridade exige que os juízes considerem a moral em alguns casos, inclusive neste, tanto para decidirem o que é o direito quanto sobre o modo de honrarem suas responsabilidades de juízes.

Conforme Dworkin, a moral pode ser um critério utilizado pelo julgador no intuito de se chegar à verdade-valor da proposição jurídica e, assim, atingir a correta aplicação do Direito. Porque para esse autor, a moral desempenha um papel muito relevante na interpretação das normas

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.12.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p.31.



jurídicas.

No caso concreto analisado ao longo do presente ensaio, o elemento moral (as convicções pessoais) foi a ferramenta utilizada para decidir sobre o reconhecimento do direito, balizado na consciência e nos valores morais que chancelam preconceitos, reificam pessoas, fazem o Poder Judiciário ser elemento de descrença. Valores esses baseados em senso comum reproduzidos por gerações, sem qualquer alteração. Como afirma Streck<sup>34</sup> “[...] o velho é tão forte que vela as mínimas possibilidades de o novo aparecer através de algumas frestas de sentido”.

Para Chauí a:

Ciência distingue-se do senso comum porque este é uma opinião baseada em hábitos, preconceitos, tradições cristalizadas, enquanto a primeira baseia-se em pesquisas, investigações metódicas e sistemáticas, na exigência de que as teorias sejam internamente coerentes e digam a verdade sobre a realidade. A ciência é conhecimento que resulta de um trabalho racional.<sup>35</sup>

Para Dworkin<sup>36</sup>, entretanto, não seria ilegítima a utilização de valores morais pelos aplicadores do Direito, uma vez que o magistrado não pode, em certos casos, ignorar a lei quando esta for injusta ou insensata e até mesmo usar seu poder político para impedir a injustiça e ou ineficiência. Neste ponto o autor diverge de Streck, que entende que a Moral deve ser totalmente separada do Direito e não influenciar a decisão do magistrado. Não se podem conceber como justas interpretações de quem as fazem fundadas em valores subjetivos desprovidos de cunho científico.

Há uma impossibilidade de conhecimento dos conteúdos morais expressos nas condutas dos indivíduos. A única coisa que permanece

<sup>34</sup> STRECK, Lênio Luiz. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

<sup>35</sup> CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. 3. Ed. São Paulo: Ática, 1995, p.251.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. A Justiça de toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

uniforme em todos os sistemas morais é- tal qual acontece com os sistemas jurídicos- sua forma, seu caráter de norma. A forma da moral é estudada, segundo os postulados kelsenianos, pela ética; ao passo que a forma do direito é responsabilidade da ciência jurídica.<sup>37</sup>

A autonomia do direito pressupõe a segurança na determinação dos sentidos como uma das condições para a garantia da própria democracia e de seu futuro<sup>38</sup>.

É imprescindível um palimpsesto para desvelar conceitos preconcebidos, e permitir a autonomia do Direito sem que este seja ameaçado. Nessa concepção, a liberdade e a autonomia da mulher devem ser respeitadas, ou seja, a mulher é livre em suas escolhas, no seu modo de vestir, falar, se expressar, na sua sexualidade, na sua vida pessoal e profissional, dentre outros fatores. O exercício dessa liberdade só diz respeito à própria mulher, vez que não causa qualquer prejuízo a terceiros. Por essa razão não pode sofrer qualquer julgamento moral ou social, pelo exercício de sua liberdade. Mill<sup>39</sup> entende ser errado forçar uma pessoa a viver de acordo com costumes e convenções ou com a opinião predominante, porque isso a impede de atingir a finalidade máxima da vida humana.

A conduta da vítima, que em verdade é agressor, ao contrário, não pode ser compreendida como uma busca de um prazer natural, uma diversão inerente à natureza humana. Ela pode ser interpretada como um ato de violência cultural, construída também sob uma cultura machista e sexista de manifestação da virilidade masculina, como afirma Pierre

---

37 STRECK, Lênio Luiz. O que é isso –decido conforme a minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.62.

38 Idem. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

39 MILL, John Stuart apud SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

Bourdieu<sup>40</sup> que “[...] a virilidade, entendida, como capacidade reprodutiva, sexual e social, mas também como aptidão ao combate e ao exercício da violência (sobretudo em caso de vingança), é, acima de tudo, uma carga.”.

## CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito e, portanto, da República Federativa do Brasil. Da mesma forma, a igualdade e a liberdade são o cerne dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição – e é dever do Poder Judiciário garantir a efetividade desses direitos.

Desta forma, a liberdade sexual deve ser garantida e protegida à todos os cidadãos e, principalmente, às mulheres, que tiveram a sexualidade reprimida ao longo da história. No entanto, analisamos no presente trabalho um caso no qual não apenas não houve a proteção da liberdade sexual da mulher, de sua intimidade, de sua integridade física e psíquica, mas também houve discriminação, preconceito e desconfiança por parte de uma magistrada que, além de mulher, é membro do Poder Judiciário e estava no exercício de sua profissão, pela qual deveria garantir os direitos daquela dançarina e fazer com que fossem cumpridos e observados os preceitos constitucionais.

Independente de qual seja a motivação da dançarina para exercer sua atividade, quer seja por falta de oportunidades, como é o caso de grande parte das mulheres da rua, expressão utilizada neste trabalho, quer seja por prazer ou por qualquer outra razão, uma mulher – na verdade, qualquer pessoa – não pode ser marginalizada, discriminada, diminuída e privada de direitos constitucionalmente garantidos em razão da atividade profissional que exerce.

O fato de aquela mulher dançar para os homens não lhe reduz ou exclui direitos. Ao contrário, deveria fortalecer a vigilância do Estado e das próprias pessoas que a cercam, tendo em vista a situação de vulnerabilidade

---

40 BOURDIEU, P. (2002). A escola conservadora: As desigualdades frente à escola e à cultura (Gouveia, A. J., Trad.). In Nogueira, M. A. & Catani, A. (Orgs.). Escritos de Educação (pp. 39-64). Petrópolis, RJ: Vozes.

em que se encontra, tendo em vista todos os fatores que já foram explanados neste texto.

Ao se considerar o comportamento do homem que enfiou o dedo no ânus da dançarina como uma consequência natural do comportamento da dançarina, compreender que uma mulher fora dos padrões comportamentais estabelecidos pela sociedade seja “merecedora” de ser desrespeitada é, além de outras questões, uma violação dos princípios éticos e morais de qualquer sociedade civilizada.

O presente ensaio demonstrou que intérpretes do Direito não podem decidir tendo como principal referencial tão somente suas consciências, sua subjetividade, ainda que de forma vergonhosa e disfarçada, vez que findam por se contrapor ao direito e à democracia. Há flagrante incompatibilidade entre o exercício das liberdades individuais, a natural tendência de não lesividade a si mesmo e a renúncia compulsória à sua identidade, em prol de um modelo de comportamento idealizado, etéreo e inatingível.

## **REFERÊNCIAS**

- BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo. Vol. 2. A experiência vivida. 3ª ed. Rio de Janeiro, 2006.
- BOURDIEU, P. (2002). A escola conservadora: As desigualdades frente à escola e à cultura (Gouveia, A. J., Trad.). In Nogueira, M. A. & Catani, A. (Orgs.). Escritos e Educação (pp. 39-64). Petrópolis, RJ: Vozes.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 17 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: 12 dez. 2016.
- BRASIL. Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil\_03/leis/ L3071 .htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal, 05 de outubro de 1988.

CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia. 3. Ed. São Paulo: Ática, 1995.

DAMATTA, Roberto. A Casa e a Rua. Disponível em [http://jornalismoufma.xpg.uol.com.br/arquivos/a\\_casa\\_e\\_a\\_rua.pdf](http://jornalismoufma.xpg.uol.com.br/arquivos/a_casa_e_a_rua.pdf). Acesso em 22 de maio de 2017.

DAMATTA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis. Rocco, 1936.

DAMATTA, Roberto. O que faz brasil, Brasil? Rocco, 1984.

DWORKIN, Ronald. A Justiça de toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_engels\\_origem\\_propriedade\\_privada\\_estado.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf). Acesso em 14/05/2017. Acesso em 18 de maio de 2017.

FONSECA, Claudia. Família, fofoca e honra: etnografia de relações de gênero e violência em grupos populares. Editora da Universidade/ UFRGS.

FRASER, Nancy. Para Além do Modelo Senhor/Serva: sobre o Contrato Sexual de Caroline Pateman *in* MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. Teoria Política Feminista. Editora da UFF. Editora Horizonte.

MASSONETTO, Grazi. O silêncio que ecoa: a cultura do estupro no Brasil. Lugar de Mulher. (05/10/2015). Disponível em:< <http://>

- lugardemulher.com.br/ o-silencio-que-ecoa-a-cultura-do-estupro-no-brasil/>. Acesso em 03 jul 2016.
- GÓIS, M.M.S. Aspectos históricos e sociais da anticoncepção. *Reproduo*, v. 6, n. 3, 1991.
- PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Paz e Terra.
- RACHELS, James. *Elementos da Filosofia Moral*. Filosofia Aberta.
- RODRIGUES, Jacqueline Ribeiro; SANTANA, Isael José. *Garotas de Programa e Cidadania*.
- SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado e violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.
- SALEM, Tania. “Homem...já viu, ne?: representações sobre sexualidade e gênero entre homens de classe popular *in* HEILBORN, Maria Luiza. *Família e Sexualidade*. Editora FGV.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *O princípio constitucional da dignidade pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isso –decido conforme a minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos direitos da mulher*. Tradução Ivania Pocinho Motta. São Paulo: Boitempo, 2016

---

## **ADVOCACIA DE ESTADO COMO GARANTIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO: A NOVA EXPERIENCIA DA PROCURADORIA- GERAL FEDERAL.**

---

**BRUNO FÉLIX DE ALMEIDA<sup>1</sup>**

*Membro da Advocacia-Geral da União- AGU*

*(Procurador Federal / Brasil)*

### **SUMÁRIO**

1. A procuradoria-geral federal na Advocacia-Geral da União.
2. Advocacia de Estado como superação da Advocacia de Governo.
3. O projeto equipe de trabalho remoto de defesa da probidade administrativa.
4. Conclusão.
5. Bibliografia.

---

<sup>1</sup> Procurador Federal, Pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília.

## 1. PAPEL CONSTITUCIONAL DA AGU

A Advocacia-Geral da União-AGU foi prevista no art. 131 da Constituição Federal Brasileira de 1988 como parte da redefinição da estrutura das funções essenciais à justiça trazida pelo novo regime constitucional democrático. O constituinte originário separou a defesa da União das demais atribuições do Ministério Público, dotando a União de um órgão com competência para desempenhar a consultoria, assessoramento e representação contenciosa da Administração Pública Federal.

A valoração positiva da opção do constituinte de 1988 é destacada na doutrina (*In* Comentários à Constituição do Brasil):

“A União, antes do advento da Constituição Federal de 1988, era representada em juízo pelo Ministério Público Federal. Com a superveniência do atual texto constitucional, corrigiu-se o equívoco de atribuir ao Ministério Público a representação judicial da União.”

Integram a AGU a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Procuradoria-Geral do Banco Central, a Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União e a Procuradoria-Geral Federal, esta atual composição e fruto de um processo de reorganização gradativa, previsto no art. 29 dos atos de disposições constitucionais transitórias e legislações posteriores, como a lei complementar n.º 73/93, a lei n.º 10.480/2002 e a lei n.º 13.327/2016.

Do cotejo de toda previsão constitucional e legal sobre a Advocacia-Geral da união podemos inferir que a missão dessa função essencial à justiça já superou a tradicional concepção advocatícia de defesa dos interesses da união e alcançou o zelo da probidade das políticas públicas implementadas pelo governo legitimamente eleito no regime democrático representativo, dentro do paradigma constitucional de respeito das garantias e direitos fundamentais consagrados pela constituição federal de 1988.

Partindo desse novo arcabouço normativo, podemos compreender a reengenharia dessa função essencial à justiça que exige um árduo trabalho de efetivação dessa nova missão constitucional em que foi



concebida à Advocacia-Geral da união no Brasil.

Importante deixar claro, que a constituição foi apenas o primeiro passo, de um processo de unificação e consolidação do gerenciamento de todo um contencioso e consultivo jurídico de órgãos e entes públicos que compõem, na atualidade, a Administração Pública Federal Brasileira. A AGU é um órgão em formação e consolidação, buscando alcançar a plenitude da missão constitucional que recebeu.

## **2. ADVOCACIA DE ESTADO COMO SUPERAÇÃO DA ADVOCACIA DE GOVERNO E O COMBATE À CORRUPÇÃO**

Faz parte da concepção tradicional de advogado, a figura de um defensor de seu cliente a qualquer custo, ideia essa que acaba por trazer muitas críticas ao advogado da esfera privada, principalmente de ordem ética, mas que apenas são aceitáveis no ambiente leigo e não dentro do campo de juridicidade.

O exercício da advocacia, tanto a pública, como a privada, se submete a um sistema ético próprio e que baliza toda a atuação do advogado, inclusive configurando os limites da defesa intransigente dos seus clientes, dentro da concepção do amplo direito de defesa garantido pela constituição a toda pessoa humana.

Evidentemente, no campo da advocacia pública, onde existe o cliente estatal, que não tem apenas a face mais visível, que é a do governante, mas sim outras facetas, como a da instituição e a da própria sociedade, a problemática da defesa intransigente do cliente, necessita de forte revisão por ditames de juridicidade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto classificou as Procuraturas Constitucionais (Advocacia Pública em sentido amplo) em: Advocacia da sociedade, exercida pelo Ministério Público; Advocacia dos necessitados, a cargo da Defensoria Pública e Advocacia do Estado (Advocacia Pública em sentido estrito) exercida pela Advocacia-Geral da União, Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, voltada para defesa dos interesses públicos primários (da sociedade) e secundários (do Estado em sentido estrito).

Ao concebermos com missão da Advocacia Pública (em sentido estrito) a defesa de interesses primários e secundários, devendo exercer juízo de ponderação principiológico, em caso de colisão desses interesses, dentro da realidade constitucional do Estado Democrático de Direito Brasileiro que se funda as bases da Advocacia de Estado. Aldemario Araújo Castro assim pontua a problemática dentro de uma questão de identidade do advogado público:

“Nessa dura caminhada, um dos aspectos de maior relevo envolve a identidade do advogado público federal. Aqui, o termo identidade aparece como delimitação e consciência do papel desempenhado, notadamente nas relações com os gestores ou governantes (a face visível do cliente). [...]

Perceba-se que o advogado público pauta sua atividade, quer contenciosa, quer consultiva, na legalidade em sentido amplo (ou juridicidade). Na atuação contenciosa são defendidas políticas públicas e atos administrativos sob os argumentos de serem fundados em leis e estarem em consonância com a Constituição. É certo, registre-se, a persistência de uma séria dificuldade, a ser operacionalmente superada, quanto à defesa, ou não, dos atos administrativos reputados ilegais ou inconstitucionais, considerados e devidamente tratados os espaços de razoabilidade e as convicções pessoais acerca das matérias jurídicas envolvidas. Na atuação consultiva são reconhecidas, ou não, a constitucionalidade e a legalidade de políticas públicas e atos administrativos. Ainda nessa seara podem e devem ser apontados os caminhos ou soluções que afastem os ilícitos de todas as ordens para a consecução da decisão política adotada. Esses são os traços mais salientes de uma advocacia de Estado.”

Tal posicionamento demonstra que não há incompatibilidade entre a advocacia de Estado e a defesa dos interesses do cliente estatal. O exercício da advocacia de Estado atua na gênese da política pública, formatando o projeto político dentro do espaço da juridicidade.

Assim, o representante político democraticamente eleito e o projeto político aclamado nas urnas, pode efetivar seus objetivos, desde que atendidos parâmetros de constitucionalidade e legalidade, parâmetros estes, também estabelecidos dentro do sistema democrático. Mesmo que o controle não seja exercido diretamente por agentes eleitos, mas sim investidos pela ferramenta do concurso público, não temos um problema intransponível de ilegitimidade política.

Júlio de Melo Ribeiro trata da importância e do pseudoproblema da questão da investidura dos advogados públicos federais no seu mister de conformatação das políticas públicas:

“Mais: a diferença entre advocacia de Estado e advocacia de governo está, exatamente, na forma pela qual são recrutados os advogados e no nível de independência deles. Nada a ver, portanto, com o objeto em si da atuação profissional. Os advogados públicos são chamados a defender uma ação permanente do Estado, uma política transitória do governo ou até a própria pessoa do governante, no regular exercício da função pública. Tudo pode consistir tanto numa advocacia de Estado quanto numa advocacia de governo.

Será advocacia de Estado se os advogados forem recrutados por modo impessoal e tiverem a independência suficiente para, em casos-limite, optar pelo respeito à Constituição e às leis. Será advocacia de governo se os advogados forem livremente nomeados e exonerados pelo governante, ficando deles inteiramente reféns. Faz parte da rotina de uma advocacia de Estado patrocinar as causas do governo (advocacia para o governo). O que a descaracteriza é o aparelhamento do órgão pelos governantes (advocacia pelo governo). Daí, mais uma vez, a importância fundamental do concurso público.

Como se vê, decidir pela exclusividade do exercício das funções de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo por advogados concursados, ao mesmo tempo em que não implica

arredar um só milímetro do princípio democrático, importa no fortalecimento de um dos mais relevantes valores republicanos: o da probidade na administração da coisa (res) pública.”

Não há assim vantagens democráticas na perspectiva da advocacia de governo, pelo contrário, a mesma representa desvio da concepção de função essencial à justiça trazida na carta brasileira constitucional de 1988.

Novamente, em importante conclusão, ALDEMARIO Araújo Castro arremata:

“Observe-se que a advocacia de Governo é tão indesejável e repulsiva que chega a se caracterizar como ilícita, justamente por afrontar a independência técnica (relativa) do advogado público, consagrada, pelo menos, na Constituição, no Estatuto da OAB e em pareceres vinculantes da AGU. Ademais, o padrão de comportamento ínsito à advocacia de Governo não se coaduna com a construção de um Estado Democrático de Direito informado pelo princípio da supremacia do interesse público (primário).”

Portanto, dentro desse paradigma de advocacia de estado, é que a AGU pode desempenhar o papel de combate e controle da corrupção e concretizar as políticas públicas priorizadas pelo governo democraticamente eleito, sem esquecer as exigências constitucionais e legais também democraticamente formuladas no parlamento.

### **3. O PROJETO EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE DEFESA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO AFIRMAÇÃO DA ADVOCACIA DE ESTADO NO COMBATE À CORRUPÇÃO**

Até na doutrina da improbidade administrativa brasileira encontramos exemplos da incredulidade no exercício do combate à

corrupção pelos órgãos da advocacia pública. Ao tratar da legitimidade ativa concorrente disjuntiva da advocacia pública e do Ministério Público para proposição da ação civil pública por improbidade administrativa, Daniel Amorim Assumpção Neves comenta:

“Apesar das interessantes polêmicas a respeito da legitimidade ativa da pessoa jurídica interessada, na prática é extremamente rara a propositura de ações de improbidade administrativa por esses sujeitos. O corporativismo fala mais alto e, infelizmente, ainda não temos a maturidade política e a plena cidadania que seriam necessárias para uma atuação mais efetiva dessas pessoas jurídicas como autoras das ações de improbidade administrativa. [...]

E a legitimidade é ainda mais necessária porque, se a propositura dependesse da iniciativa das pessoas jurídicas interessadas, seria o ocaso desse tipo de ação. Como lembra a melhor doutrina, os membros dos corpos jurídicos dessas pessoas jurídicas de direito público não tem autonomia para a propositura de ações, o que obviamente será decisivo na opção pela omissão.”

Partindo dessa constatação fática, já criticamente objeto de estudo da doutrina, de que o paradigma de advocacia de governo demanda superação para o modelo de uma advocacia de estado que alcance os objetivos traçados na constituição para a AGU, foi que a Procuradoria-Geral Federal - PGF, órgão da AGU encarregado da representação contenciosa e consultiva das pessoas jurídicas de regime público da Administração Pública Federal Indireta, entendeu por reformular sua atuação no controle da probidade nas políticas públicas desenvolvidas pelos entes que representa.

Partindo da constatação de que essa área prioritária da sua atuação demandava maior ênfase na recuperação de valores ao erário e ao esforço voltado à punição de condutas ímprobas, foi elaborada uma reestruturação inovadora no desenvolvimento desta função pela PGF.

Optou-se por conferir maior protagonismo aos procuradores

envolvidos em atividades de combate à corrupção, concebendo uma estrutura que permitisse a especialização da atividade de análise de casos que pudessem configurar improbidade administrativa e na elaboração de ações de improbidade administrativas, dentro do regime legal estabelecido pela lei n.º 8.429/92.

Para viabilizar esse núcleo especializado, sem tal medida representar mais um custo para o orçamento público e visando permitir uma seleção objetiva dentre os membros da carreira com experiência na temática, foi concebida a equipe de trabalho remoto (ETR) em defesa da probidade.

Usando o conceito inovador de trabalho remoto e todas as suas vantagens e experiências de sucesso, já reconhecidas na esfera pública brasileira, sem contar toda experiência na seara privada mundial, foi regulamentada essa rotina de trabalho no âmbito da PGF.

Assim, tornou-se possível selecionar um grupo de procuradores federais, mensurando objetivamente sua expertise no âmbito de ações de improbidade administrativa e estruturar uma equipe que trabalhasse com conceitos de produtividade e qualidade no desempenho de suas funções.

Pretendeu-se superar uma cultura histórica da advocacia pública federal apenas como unidade de defesa reativa, em prol de uma concepção de advocacia de estado proativa.

Ao traçar um objetivo claro de superar os resultados até então obtidos com a atuação descentralizada no manejo de ações de improbidade administrativa, foi feito uma análise minuciosa dos resultados obtidos até então e modelada uma nova forma de atuação especializada e com o estabelecimento de rotinas interinstitucionais entre as procuradorias e os entes representando, conformando os procedimentos internos ao sistema nacional de combate à corrupção.

Com uma equipe especializada, foram aperfeiçoados procedimentos de comunicação de fatos que representassem possíveis improbidades e uma articulação gerencial na definição de estratégias de atuação que permitissem um incremento na quantidade e qualidade do

controle da improbidade exercido pela Procuradoria-Geral Federal.

O projeto da ETR-Probidade contou com um levantamento de dados para diagnosticar a situação até então:

“Verificando-se os números obtidos com a atual sistemática de gerenciamento e operacionalização de ações de improbidade administrativa, conforme dados gerenciais da CGCOB, foram ajuizadas 400 demandas dessa natureza, sendo 309 entre os anos de 2010 e 2015. Desse total, 287 ações foram ajuizadas por apenas 10 unidades de um total de 135(dados extraídos dos relatórios gerenciais decorrentes do memocircular/agu/pgf/cgcob nº 20/2011)”

Desta constatação, foram pensadas metas que visassem o incremento da atuação, apostando na especialização das atividades, no uso de sistemas eletrônicos de gerenciamento e tratamento da informação, para melhoria dos procedimentos de instrução prévia-PIP, onde são analisados os casos de possíveis improbidades, permitindo uma instrução mais efetiva com elementos probatórios que poderiam ensejar o manejo da importante ferramenta da ação de improbidade administrativa.

Foram definidos os seguintes objetivos na criação da equipe:

A) Ganho de Eficiência – Maior Número de Ajuizamentos de Ações de Improbidade; B) Coleta de Informações Gerenciais – Identificação de Padrões e Aprimoramento de Rotinas; C) Uniformidade – Maior Segurança Jurídica na Atuação; D) Incremento do Sucesso Judicial – Aumento dos Bloqueios Via Liminares e Sentenças de Mérito e E) Reposicionamento da PGF no combate aos de corrupção.

A média anual histórica dos primeiros 13 anos de existência da PGF foi de 30,76 ações. Enquanto isso, o resultado preliminar dos primeiros 12 meses de ajuizamentos da ETR (maio/2016 a abril/2017) alcançou-se um total de 153 ações ajuizadas, entre cautelares e ações de improbidade administrativa.

Tais números revelam um incremento quantitativo significativo, frente a média histórica anterior, mas é apenas parte dos objetivos traçados,

que revelam metas tanto de caráter quantitativo, como qualitativo.

Análise relevante em aspectos de resultados qualitativos tem sido o comparativo de procedimentos liminares obtidos, vejamos: Foram 25 Liminares de bloqueio deferidas, que representam aproximadamente R\$ 112.000.000,00 em bloqueios autorizados pelo judiciário. Em contrapartida, 11 Liminares foram indeferidas, que representavam pedidos de bloqueios no valor de R\$ 21.751.991,83.

Esses são apenas os primeiros resultados na iniciativa inovadora na atuação de combate à improbidade administrativa, mas com certeza demonstram uma opção acertada em mudar a forma de tratar o problema no âmbito da AGU/PGE.

#### **4. CONCLUSÃO**

Não há dúvida que o reconhecimento da advocacia de Estado como conteúdo da identidade do advogado público federal é paradigma fundamental para o exercício dessa função essencial à justiça em toda plenitude vislumbrada pelo constituinte originário brasileiro de 1988.

Adotar a verdadeira advocacia de Estado como padrão e identidade da atuação constitucionalmente definida para o advogado público é a base filosófica que permitirá o controle da probidade administrativa pela Advocacia-Geral da União, quando ao ponderar os interesses primário e secundário do Estado e demandar a tutela do primeiro em detrimento de interesses de governantes de ocasião.

Essa mudança de paradigma teórico-funcional, aliada às iniciativas inovadoras, tanto na forma de organizar o trabalho, como o uso de recursos modernos de tecnologia da informação, vão permitir um combate mais adequado a uma corrupção cada vez mais organizada, refinada e entranhada no estado moderno.



## 5. BIBLIOGRAFIA

- AGU-PGF. Projeto Equipe de Trabalho Remoto Em Defesa Da Probidade. 2016
- AGU-PGF. Exposição apresentada no curso de formação dos juízes estaduais do TJ/CE, elaborada pelo Coordenador da ETR-Probidade Procurador Federal Rafael Moreira Nogueira. Maio/2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CASTRO, Aldemario Araujo. *Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo*. 2010. (<https://unafe.jusbrasil.com.br/noticias/2142280/artigo-advocacia-de-estado-versus-advocacia-de-governo>)
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- RIBEIRO, Júlio de Melo. *Advocacia de Estado de Governo na consultoria jurídica*. 2012. (<http://www.conjur.com.br/2012-set-13/julio-melo-ribeiroadvocacia-estado-advocacia-governo-consultoria-juridica>)



---

## CISURAS CRIMINOLÓGICO-FEMINISTAS

---

FERNANDA MARTINS<sup>1</sup>

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL<sup>2</sup>

*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (BRASIL)*

---

<sup>1</sup> Fernanda Martins é doutoranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, bacharela em Direito pela UNIVALI, bacharela e licenciada em História pela UFSC. Professora de Criminologia da UNIVALI..

<sup>2</sup> Augusto Jobim do Amaral é Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Ciência Política, História das Ideias e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor, Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. É Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim/mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) junto à linha de Criminologia, Crime e Segurança Pública.

## SUMARIO

1. Introdução; 2. O direito que ela veste; 3. A trama original do poder punitivo e da inimida primeva; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

A presente escrita traça as primeiras costuras de um pensar ainda bastante fragmentado como uma roupa separada em retalhos. Pensar o movimento de alinhar idéias que permeiam a(s) violência(s) e o(s) feminismo(s) – estabelecido como linha central do figurino que se propõe construir – é, desde já, (ar)riscar novas roupagens ao meu próprio pensamento e traçar novas tramas que desafiam calejar os dedos.

Compreende-se que o direito estabelece normas pautadas em marcos regulatórios em que o discurso determina e é determinado por aquilo que se percebe como normatividade ou *normalização*<sup>3</sup>. O controle social e formal que se operam a partir das concepções legais estabelecem práticas, exigem comportamentos e excluem sujeitos como panos descartáveis, trapos, *restos*<sup>4</sup> jamais reconhecidos como trajés adequados (de gala).

Esses panos nunca vistos como singulares no complexo enlace de tecidos ou aqueles renegados à supérflua condição, porém utilitária, de pano de chão serão, nesta tentativa, lembrados como desde sempre necessários para formulação de um conjunto social rico em cores e texturas; plural em sua própria concepção de singularidade, figurino de uma *subversão*<sup>5</sup> ao opaco cenário jurídico monocromático sempre determinado pelas gravatas e ternos masculinos, instituídos pela racionalidade humanista falida da modernidade prometida e jamais cumprida.

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, s.d. FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>4</sup> DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

<sup>5</sup> BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2009.

## 2. O DIREITO QUE Ela VESTE

*Ela*, vítima de violência doméstica, vivia há 15 anos com o companheiro. Costureira e mãe de duas filhas, costumava suportar agressões verbais, mas “o dia em que ele resolveu levantar a mão”, *Ela* não mais aceitou. Foi à delegacia da mulher e se sentiu como os “trapinhos” os quais se “resolve não utilizar por não servirem à peça encomendada”. *Ela*, no entanto, guarda o *resto*, caso sirvam em algum momento futuro. Em outra oportunidade, quiçá, o reutilizará quando vier a calhar. Enxergou-se, ao chegar ao estabelecimento policial especializado de proteção às vítimas de violência, como um pano qualquer, *restolho*<sup>6</sup> de uma vida sofrida entre palhas e fiapos. Em “frangalhos” foi ouvida por uma “policial moça”, que lhe perguntou: “a senhora deseja medida protetiva de urgência? A senhora deseja que seu marido seja preso?” Com a velocidade em que a máquina coze costuras retas, respondeu “*não, gostaria apenas que a senhora conversasse com ele para que ele não me batesse não*”.

*Ela* não sabia que o procedimento penal seria instaurado apesar de sua recusa em afastá-lo do lar, e veio a mim um dia perguntar: “com que roupa, doutora, devo ir a essa tal de audiência que não quero estar?” Preocupada em como manteria as filhas com as costuras, cada vez mais escassas, questionava se o companheiro seria preso e se ficariam sem o auxílio do seu salário e sem seus churrascos aos domingos – “as crianças gostam muito”, dizia *Ela*. Lamentava ter ido à delegacia, pois não sabia que não resolveriam seus problemas, mas confidenciou através de um fio comovente de esperança: “o doutor juiz vai colocar juízo na cabeça do ‘velho’? Será que agora ele será mais querido comigo e as crianças?” Os dois ainda viviam *juntos*, mesmo no desenrolar do processo, permaneciam discutindo, mas *Ela* afirmava que jamais tinha sido novamente agredida. Foram de mãos dadas à audiência, entraram no fórum lado a lado, amedrontados por uma mesma sentença, com pesos distintos, mas cruel certamente para ambos. Diante do juiz, *Ela* respondeu às questões elaboradas. “Não, doutor, ele não costumava me bater não, costuma falar alto, às vezes ele ainda me xinga,

<sup>6</sup> CATROGA, Fernando. **Os passos do homem como restolho do tempo: Memória e fim do fim da história**. Coimbra: Almedina, 2016.

mas eu não me importo não, também xingo ele, é um vadio, não ajuda nas coisas da casa e joga futebol toda sexta-feira. Queria que ele saísse comigo, mas tá sempre cansado.” Pediu ao fim a palavra, olhou para o magistrado e perguntou: “Doutor, a gente pode resolver as coisas aqui? Será que eu poderia dizer que não quero mais tá com o processo?” e ouviu a seguinte resposta: “Não, a senhora não pode desistir, não compete a você, o processo é para o seu bem.”

A sentença veio como cortinas que (en)cerram a cena, não houve prisão, não houve resolução, não *ouve*<sup>7</sup> nada. *Ela* saiu da sala da audiência ao lado do companheiro e perguntou: “doutora, o que aconteceu aqui?” Não soube o que responder, soube somente que ninguém havia ouvido o bater de suas agulhas, *como mera peça de uma máquina criada para marcar peles*<sup>8</sup>, como agulhas marcam tecidos, vi a estampa de alguém ferida pela dor da violência de gênero, pelo processo penal, sobretudo, emudecida diante da vida.

### 3. A trama original do poder punitivo e da inimiga primeva

Se reconhecermos que as demandas judiciais são constituídas pela materialização das dores dos sujeitos, aquilo que marca profundamente suas subjetividades a ponto de reivindicar ao Estado como “mediador” de seus conflitos, ao direito penal se delegaria, portanto, o que há de mais sofrido ao alinhar humano. A convocação do direito penal através do aparato estatal mais violento constituiria, assim, a resposta legítima do poder de punir diante de atos considerados de maior lesividade aos bens jurídicos protegidos pela sociedade. Contudo, a formulação da centralidade desse poder punitivo demonstra que desde sua origem a seletividade é marca radical, estampada na pele daquele escolhido politicamente como vítima ou inimigo e pronto a servir ao aparelho de reprodução de dor ao qual chamamos de direito penal.

Nos casos de violência de gênero talvez seja ainda mais necessário questionar a complexidade que permeia os nós que atravessam

7 SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: UFMG, 2010. DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

8 KAFKA, Franz. **Na Colônia Penal.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

o direito penal e o patriarcado. Implicados em si, unem-se numa costura indivisível, quase invisível, de íntima construção hierárquica e verticalizada de manutenção da ordem. Se o primeiro inimigo do poder punitivo, nos moldes do que hoje se identifica como direito penal, se dá sobre a figura do herege (aquele que duvida), impossível não o vincular à criminosa primeva – a bruxa, depositária do mal essencial – como sujeito central da persecução punitiva. Moldados entre eles, a partir do mesmo traço discursivo, a defesa da sociedade composta por homens do/de bem é o subterfúgio do controle de corpos<sup>9</sup> sacralizados na figura do homem, branco, cristão e burguês – seta da temporalidade moderna.

O poder punitivo surge através da figura da vítima sendo confiscada pelo poder soberano, seja qual for a figura hierárquica histórica que couber nessa trama ou nesse drama, em que um dispositivo de governo centralizado toma para si a prerrogativa da persecução penal e da punição. Confiscar a vítima é elemento central para operacionalizar o que chamamos de poder de punir estabelecido na figura *exercitoforme*<sup>10</sup> verticalizada do controle da população e na pulsão colonizadora dos Estados que se formavam na modernidade. O direito, portanto, é expropriado pelo Estado e se consolida como poder-saber<sup>11</sup> dos intérpretes da lei. Tal configuração moldada no pensamento escravagista-colonizador formula o sistema-base do direito que convenientemente até hoje reconhecemos como Estado de Direito.<sup>12</sup> Estrutura estatal desde sempre legitimada pela filosofia da perpetuação de privilégios e de poderes concentrados. Conceito de Estado forjado na hierarquia violenta de um poder político bélico através do seu braço armado. Força concebida, formulada, destinada e primordialmente exercida por senhores.

<sup>9</sup> FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, s.d. p. 131

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar**. Buenos Aires: Ediar, 2011.

<sup>11</sup> FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, s.d.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar**. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 21-25.

Esse Estado de Direito, soberano por excelência – que mantém a onipresença de uma divindade atravessada por um contrato social que pressupõe que todos são iguais, racionais e livres, formulado a partir de estruturas colonialistas e escravagistas de liberdade, igualdade e fraternidade – preconiza a assunção de determinados interesses, representação específica de demandas hegemônicas e silenciadora, por excelência, das minorias.

Percebe-se que a própria noção de direito é, portanto, fundamentalmente seletiva das demandas das mulheres e dos direitos que a elas afetam. Fundamental tal afirmação passa por atentar às concepções de contrato sexual exploradas por Carole Pateman. A igualdade defendida pelos contratualistas, a qual é a igualdade ficta que se defende no direito contemporâneo, dizia respeito apenas a uma pequena seleção de indivíduos, dentre os quais a mulher não poderia fazer parte, pois, segundo a ode liberal, elas não eram consideradas aptas a realizar o contrato social, eis que nasciam dentro da sujeição.

Neste sentido, Carole Pateman:

[...] os teóricos do contrato também insistiram que o direito dos homens sobre as mulheres tem uma base natural. Somente os homens têm as aptidões dos “indivíduos” livres e iguais. As relações de subordinação entre *homens* devem, para ser legítimas, ter origem num contrato. As mulheres nascem dentro da sujeição.<sup>13</sup>

Pelos ensinamentos consolidados, naturalmente as mulheres não eram apenas consideradas inaptas a participar do contrato social, sequer antes eram consideradas indivíduos, motivo pelo qual não poderiam firmar o contrato. Sobre isto, vez mais Carole Pateman afirma:

Mas as mulheres não nascem livres, elas não têm liberdade natural. As descrições clássicas

<sup>13</sup> PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 68



do estado natural também contêm um tipo de sujeição – entre homens e mulheres. Com exceção de Hobbes, os teóricos clássicos argumentam que as mulheres naturalmente não têm os atributos e as capacidades dos “indivíduos”. A diferença sexual é uma diferença política; a diferença sexual é a diferença entre liberdade e sujeição. As mulheres não participam do contrato original através do qual os homens transformam sua liberdade natural na segurança da liberdade civil.<sup>14</sup>

Ainda, ao analisar especificamente o assunto desde a ótica Lockeana, dispõe:

As mulheres estão excluídas do *status* de “indivíduos” na condição natural. Locke admite que o casamento e a família existem no estado natural e declara que as aptidões dos indivíduos variam conforme o sexo; somente os homens detêm por natureza as características de seres livres e iguais entre si. As mulheres são naturalmente subordinadas aos homens e a ordem da natureza está refletida nas relações conjugais.<sup>15</sup>

Por outro lado, não será a toa que Michelle Perrot, ao discutir o poder das mulheres no século XX e a constituição do “público” e “privado”, sobremaneira reconhecendo a inseparabilidade entre o público e o político, vai interrogar questão de fundo: se a exclusão das mulheres da esfera pública não é por si só uma ofensa à dita Declaração dos direitos do homem, que

14 PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 21

15 PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 83

supostamente proclama a igualdade entre todos os indivíduos?!<sup>16</sup>

Retorna-se, dessa forma, a costura à questão trazida por Pateman: serão as mulheres indivíduos na concepção estrutural do Estado? A resposta vem alinhavada à construção do discurso da diferença dos sexos, apoiado pelas investidas médicas e biológicas do século XIX, ponto em que Perrot vai encontrar a reiteração da naturalização de papéis específicos a homens e mulheres, em que se aponta, assim, que a relegitimação da sensibilidade feminina a aparta das atribuições político-jurídico-estatais.

Na medida em que essa construção biologicista sacramentou a figura da mulher no poder punitivo, contudo, foi sob a forma medieval que o figurino se desenhou justamente para relação mulher e direito penal. É durante a Idade Média que se consolida a formulação do direito penal em que um inimigo passa a ser declarado como objeto de combate pelo soberano em nome da sociedade. *Satan*, que em hebreu significa inimigo<sup>17</sup>, forja a armadura de resistência bélica ao inimigo traidor. Bruxas, hereges e pagãos vão perfilar na estrutura de inimigos que traem a ordem instituída de controle institucional e social. A regra da ameaça permanente, inicialmente configurada pela ameaça cósmica e ressignificada por todos os discursos de medo que são travados em prol da sociedade,<sup>18</sup> legitimou – e ainda o faz violentamente – a suspensão e supressão de direitos dos *subalternos*<sup>19</sup>, *sobrevividas*<sup>20</sup> descartáveis em nome da defesa social.

O poder punitivo, como marco construído no medievo com o pleno objetivo de concentrar poder nas mãos das nascentes figuras estatais não poderia deixar de ter como epicentro discursivo e, até hoje, estrutura do pensamento jurídico-penal moderno, o *Malleus Maleficarum*: ode de ordem

16 PERROT, Michelle. **Os excluídos da história**: operários, mulheres e prisioneiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 177

17 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 26

18 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 28

19 SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: UFMG, 2010.

20 DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx**: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

misógina, orientada a aniquilar àquelas que “jamais alcançarão a retidão”. Caça às bruxas como exercício primevo da perseguição punitiva e retrato da legitimação e instauração do Estado moderno. À etiologia religiosa apenas sucederá uma nova governamentalidade contratualista que, mesmo de forma limitada, seguirá buscando – por “garantia da segurança jurídica e social” constituída como sinônimo de “progresso civilizatório” – evocar agora a lei penal como braço de controle interno da população.<sup>21</sup>

Nessa linha, Zaffaroni aponta no *Malleus Maleficarum* os caracteres estruturais que se reiteram até hoje nas criminologias (mais ou menos) legitimantes do poder punitivo. É diante da concepção de a) maximização da ameaça, b) discurso bélico, c) emergência penal, d) criminoso também é aquele que dúvida da emergência, e) neutralização, f) inversão valorativa do direito, g) alibi para os delitos das autoridades, h) imagens dos “bons”, i) etiologia biológica, j) transmissão de caracteres adquiridos, k) misoginia criminológica, l) contradição discriminatória, ll)<sup>22</sup> seletividade estigmatizante, m) vulnerabilidade vitimológica, n) funcionalismo do crime, ñ), vício gera vulnerabilidade, o) danos colaterais são aceitáveis, p) o castigo sempre é justo, q) o patriarcado explica o castigo aos inocentes, r) estigmatização, rr) percepção privilegiada, s) infalibilidade dos inquisidores, t) degradação ética do inquisidor, u) imunidade dos inquisidores, v) prolongação do mal, w) limites morais ao mal, x) configuração da serpente como objeto do mal, y) reforço dos prejuízos sociais e z) reprodução clientelar, que se autoriza, reforça e legitima o exercício de punir pela prática estatal soberana.<sup>23</sup>

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, o poder punitivo está genealogicamente marcado, desde sua emergência (em duplo sentido), de forma indelével, pelo

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.

<sup>22</sup> Alfabeto espanhol

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos**: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La Estructura del discurso penal**. Conferência pronunciada na *III Jornadas de Derecho Penal*, organizada pela Revista de Derecho Penal, 2003. Livre tradução.

patriarcado. Sua seletividade, estigmatização e violência são os veículos pelos quais se ordena a matriz misógina. Dinâmica que vai variar na não-linearidade histórica, mas que manterá as estruturas fundacionais a reproduzir traços de permanência sob novas estéticas prontas, porém, a operacionalizar suas tramas punitivas de encontro com as demandas das mulheres.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2009.
- DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- CATROGA, Fernando. **Os passos do homem como restolho do tempo: Memória e fim do fim da história**. Coimbra: Almedina, 2016.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, s.d. FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- KAFKA, Franz. **Na Colônia Penal**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- PERROT, Michelle. **Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: UFMG, 2010. DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La Estructura del discurso penal**. Conferência pronunciada na *III Jornadas de Derecho Penal*, organizada pela Revista de Derecho Penal, 2003. Livre tradução.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La palabra de los muertos: conferencias de criminologia cautelar**. Buenos Aires: Ediar, 2011.

---

## O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

---

ANDRESSA CATTAFESTA DE OLIVEIRA<sup>1</sup>

MARGARETH VETIS ZAGANELLI<sup>2</sup>

*Universidade Federal do Espírito Santo (Brasil)*

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Informação Pública. 3 Direito de Acesso à Informação Pública. 4 Casos Paradigmáticos. 5 Desafios Atuais. 6 Considerações Finais. Referências.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Gestão Pública – Universidade Federal do Espírito Santo; Especialista em Direito Público - Faculdade Damásio; Graduada em Direito – Universidade de Vila Velha. E-mail: andressa.vix@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Direito – Universidade Federal de Minas Gerais; Mestre em Educação – Universidade Federal do Espírito Santo; Estágio Pós-doutoral – Alma Mater Studiorum Università di Bologna e na Università degli Studi di Milano-Bicocca; Professora Titular – Universidade Federal do Espírito Santo. E- mail: mvvetis@terra.com.br.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o direito de acesso à informação como um direito humano fundamental, apresentando o posicionamento jurídico adotado modernamente ao serem tratadas questões relacionadas à informação pública ao redor do mundo. Destaca-se, entretanto, que a abordagem aqui realizada se restringe a um contexto onde vigoram a proteção aos direitos civis, políticos, sociais e econômicos, uma vez que num cenário ditatorial ou de exceção a efetivação do acesso à informação fica claramente prejudicada.

Nesse contexto, o direito de acesso à informação pública, destaca-se por possibilitar a promoção de diversos outros direitos, assumindo características de direito individual, dada a correlação percebida com a liberdade de expressão, e também características de direito coletivo, no que contribui para o exercício da cidadania, especialmente no que se refere à participação política.

Complementarmente, verifica-se ainda o impacto do direito de acesso à informação no âmbito da gestão pública, especialmente quando da sua interface com a transparência pública, o *accountability*, a responsabilização de agentes públicos e o combate à corrupção. Ressalta-se, todavia, que a boa governança pública pauta-se preeminentemente na boa qualidade das informações públicas, sejam elas relacionadas aos atos de gestão – especialmente em relação à utilização dos recursos públicos, concomitantemente à incorporação e utilização de tecnologias de informação e comunicação para a viabilização do acesso às informações públicas.

Verifica-se, entretanto, a necessidade da devida proteção às informações sensíveis, nesse grupo inseridas desde aquelas que atentem contra a esfera individual (representada pela proteção à vida privada, intimidade, honra e imagem da pessoa) e ainda, as que exponham segredos industriais ou que possam fragilizar a integridade Estatal, a exemplo de questões envolvendo a segurança nacional.

A atualidade do tema pode ser percebida, por exemplo, por meio da recorrente exposição de casos de corrupção pela mídia, uma vez que o

sigilo adotado no âmbito das questões públicas, em muitos casos, é utilizado para encobrir a malversação dos recursos públicos e aspectos negativos da utilização do poder econômico, quando utilizado para atender a interesse privado em detrimento ao público.

Nesse sentido, o aspecto programático, protetivo e sancionador apropriado pelo direito de acesso à informação, em seu teor mais amplo, destaca-se no cenário mundial e fomenta, consecutaneamente, aspectos de melhoria da governança e do exercício do controle social.

Dessa forma, o presente estudo, por meio de pesquisa bibliográfica, visa uma análise da previsão legal do direito de acesso à informação, por meio de registros exemplificativos, apresentando, sinteticamente, sua evolução e o seu reconhecimento como um direito humano fundamental, casos que se destacaram internacionalmente e alguns dos desafios que o direito de acesso à informação pública enfrenta atualmente.

## **2. INFORMAÇÃO PÚBLICA**

Partindo do conceito de que a informação corresponde a “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato” (BRASIL, 2011), a informação pública caracteriza-se por englobar não só àquela a qual é dada publicidade, tendo por fonte o universo público ou privado, mas também a informação produzida ou custodiada pelos órgãos e entidades públicas (MONTEIRO, 2014, p. 7), devendo estas serem restringidas somente em casos específicos – devidamente previstos em lei, uma vez que a informação em poder do Estado, seja ela por ele gerenciada, produzida ou organizada, também é considerada um bem público (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2011, p. 8).

Todavia, Jardim (2012, p. 5) ressalta que “toda informação produzida ou acumulada pelo Governo no decorrer da administração do Estado é de natureza pública, embora não seja eventualmente de acesso irrestrito, por força de restrições legais”. E ainda ressalva que “nem toda informação considerada ‘pública’ é produzida pelo Governo”, visto que documentos produzidos no meio privado podem ser revelados, mantendo,

no entanto, sua natureza privada.

Diversos episódios da história demonstram que a informação sob domínio dos governantes servia como instrumento de poder para a dominação, sendo o acesso a ela negado com o objetivo de impedir o contato dos governados com o poder transformador do conhecimento (SOARES, 2013, p. 87). Ressalta-se, portanto, o papel da informação como ferramenta de transformação da realidade quando devidamente utilizada como subsídio à tomada de decisões por parte da sociedade. Nesse aspecto, há que se destacar que o acesso à informação é fundamentalmente decorrente da ordem democrática adotada pelo Estado e que o acesso varia de acordo com características sociais e políticas próprias de cada país, contrapondo-se a existência de regimes ditatoriais em diferentes níveis ao redor do mundo.

Assim, a indisponibilidade da informação pública, por sua vez, está diretamente relacionada à cultura do segredo, na qual “[...] a gestão pública é pautada pelo princípio de que a circulação de informações representa riscos. Isto favorece a criação de obstáculos para que as informações sejam disponibilizadas” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2011, p. 12). Dessa forma, a indisponibilidade, total ou parcial, da informação gera uma assimetria informacional, que configura um contexto de opacidade confrontando-se diretamente à prática da transparência pública.

### **3. DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA**

Apontado como um direito fundamental derivado do mais amplo direito à informação consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o direito de acesso à informação pública desempenha um papel essencial à garantia de outros direitos, uma vez que está intimamente ligado à liberdade essencial dos indivíduos de pensar o mundo para nele atuar.

Entretanto, ele se aplica a um campo bem focalizado: o das funções desempenhadas pelo Estado, que afetam diretamente a vida das pessoas e percorrem toda a gama de direitos geralmente reconhecidos por regimes democráticos (como os referentes ao meio-ambiente, saúde, trabalho, educação, não discriminação, votar e ser votado, etc.), implicando no direito



das pessoas de conhecerem as informações constantes em arquivos de órgãos e entidades públicas e na obrigação de que seja proporcionado o acesso aos documentos públicos que contenham informações cuja divulgação não esteja amparada por sigilo legalmente estabelecido (PERSCHARD MARISCAL, 2010, p. 12).

Dessa forma, segundo Resende e Nassif (2015, p. 2) “o livre acesso à informação é, portanto, peça fundamental para o amadurecimento das instituições, dos estados democráticos, da sociedade organizada e dos direitos civis”. No mesmo sentido, Jardim (2012, p. 2) argumenta que o direito à informação “trata-se de um direito civil, mas também político e social que acentua a importância jurídica assumida pela informação nas sociedades democráticas” e a Controladoria-Geral da União (CGU), órgão governamental brasileiro que possui competências afetas ao incremento da transparência da gestão pública nos órgãos e entidades vinculadas ao poder executivo federal, destaca que “o cidadão bem informado tem melhores condições de conhecer e acessar outros direitos essenciais, como saúde, educação e benefícios sociais” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2011, p. 8).

Pertinente se faz, portanto, o conceito de direito de acesso à informação pública proposto por Cafferata (2009, p. 153–154), assim elaborado:

O direito de acesso à informação pública é uma faculdade de todo cidadão, como consequência do sistema republicano de governo, de acessar todos os tipos de informações em poder de entidades públicas e particulares que exerçam funções públicas ou recebam recursos do Estado, com a consequente obrigação estatal de implementar um sistema administrativo que possibilite a identificação e o acesso à informação solicitada.

O reconhecimento do direito de acesso à informação e o seu

embasamento pautado por princípios jurídicos consolidados, tais como os princípios estruturantes do Estado, a exemplo do princípio republicano, no qual a coisa pública, e, portanto, a informação pública deve ser resguardada; e do princípio democrático, especialmente nos países em que a participação social possui meios de atuação previstos legalmente e respeitados pelos governantes, somando-se a princípios de índole administrativa, tal como o princípio publicidade, pelo qual os atos administrativos devem ser levados a conhecimento do público, além das demais informações produzidas ou custodiadas pelo Estado, e também do princípio da supremacia do interesse público, uma vez que a divulgação ou não de informações devem ser sopesadas a outras garantias reconhecidas no âmbito dos direitos humanos, tais como as que confrontam a proteção da privacidade e intimidade, e ainda a uma outra esfera desse direito que visa resguardar interesses coletivos, dentre eles àqueles que dizem respeito à segurança nacional.

No cenário histórico internacional, a Suécia (em 1766) e a Finlândia (em 1919, após conquistar sua independência da Suécia, e em 1951, por meio de uma lei completa) são apontadas como precursoras no que diz respeito à garantia do direito de acesso à informação pública estabelecida mediante a edição de leis. A França, por sua vez, ao proclamar a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (em 1789), resguardou o direito da sociedade de pedir contas aos agentes públicos por sua administração.

Em 1888, a Colômbia também já garantia, por meio da edição do *Código de Organización Política y Municipal* que os cidadãos requeressem documentos públicos cuja publicidade não fosse proibida por lei. Entretanto, é atribuído ao *Freedom of Information Act (FOIA)*, editado pelos Estados Unidos da América (em 1966, com emendas posteriores), uma mudança expressiva na previsão de acesso às informações, inovando ao classificar diversos documentos como públicos e assim considerá-los até que o governo estabeleça ressalvas que assegurem o sigilo no que se refere à salvaguarda de interesses públicos, segurança do Estado, respeito à privacidade pessoal, etc. (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2011, p. 8; MENDEL, 2009, p. 138; RODRIGUES, 2013, p. 424).

A partir da queda do Muro de Berlim e com o rápido crescimento dos grupos da sociedade civil que exigiam acesso à informação – sobre temas variados, tais como meio ambiente, saúde pública, projetos de lei, políticas governamentais, atos da administração e casos de corrupção no final dos anos 1990 e início dos anos 2000 –, foi verificado grande aumento na positivação do direito de acesso à informação. Atualmente, o direito de acesso à informação pública está previsto na constituição de pelo menos 59 países, sendo que alguns outros interpretam suas constituições visando reconhecê-lo como um direito implícito, e no mínimo 95 países possuem leis nacionais que estabelecem o direito e os procedimentos para que o público solicite e receba informações mantidas pelo governo (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, 2012b).

Na América Latina, a Colômbia, em 1985, foi o primeiro país a abordar o assunto por meio da *Ley sobre Publicidad de Actos y Documentos Oficiales*, franqueando o acesso a documentos de Governo. A partir de então, a maioria dos países latino-americanos publicou leis sobre esse tema. Nesse conglomerado, destaque especial é dado à legislação do México, de 2002, por ser considerada uma referência ao prever a utilização de sistemas rápidos de acesso, monitorados por um órgão independente (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2011, p. 9). Todavia, no continente africano, em que pese o pioneirismo da África do Sul ao adotar em 1999 uma legislação protetiva apontada como uma das melhores leis criadas para a defesa do acesso, na prática mostrou-se deficitária ao não garantir uma estrutura que de fato desse concretização à previsão legal quanto à fiscalização e imposição de sanções aos agentes públicos que violassem o previsto na lei (GALLO, 2012).

Dentre as principais referências acerca do direito de acesso à informação, sob a égide das Nações Unidas, citam-se: a Resolução nº 59 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1946, ao estabelecer que “a liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e (...) a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU”; a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução

217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas), de 1948, que em seu artigo 19 consigna que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e de expressão; esse direito inclui a liberdade de ter opiniões sem sofrer interferência e de procurar, receber e divulgar informações e ideias por quaisquer meios, sem limite de fronteiras”; o artigo 19, inciso 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Resolução 2200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas), de 1966, ao prever que “toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha”; e ainda a Convenção de Aarhus, editada pela Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, de 1988, sobre o acesso à informação, participação do público no processo de decisão e acesso à justiça no domínio do ambiente (BERNARDES; SANTOS; ROVER, 2015; OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, 2012a)

Na última década, novos documentos foram capitaneados pela ONU, destacam-se: os artigos 10 e 13 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Resolução 58/4 da Assembleia Geral), de 2003, estipulando que:

Cada Estado-parte deverá [...] tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública [...] procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter [...] informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública [...].

E também, o Comentário Geral nº 34, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, de 2011, que se constitui de uma interpretação autorizada das liberdades de opinião e de expressão garantidas pelo artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e vincula mais de 165 países (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, 2012a).

A Organização das Nações Unidas para a Educação e Cultura (UNESCO), uma agência especializada da ONU que tem como missão contribuir para a paz, para a erradicação da pobreza, para o desenvolvimento sustentável e para o diálogo intercultural por meio da cooperação entre as nações (que atualmente conta com 193 países), por meio da Resolução UNESCO (38 C/70), de 2015, declarou o dia 28 de setembro de cada ano como Dia Internacional do Acesso Universal à Informação (*International Day for Universal Access to Information – IDUAL*) (UNESCO, 2016).

No âmbito do continente americano, destaca-se, além do artigo 13, inciso 1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969 – que reproduz integralmente o texto do artigo 19, inciso 2, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, anteriormente transcrito –; o item 4 da Declaração Interamericana de Princípios sobre Liberdade de Expressão, de 2000, que assevera:

O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito. Este princípio só admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas.

E ainda, a Resolução sobre Acesso à Informação Pública: Fortalecimento da Democracia, Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), de 2009; os Princípios sobre o Direito de Acesso à Informação, OEA, CJI / RES. 147 (LXXIII-O/08), de 2008; e, por último, o Modelo de Lei Interamericana de Acesso à Informação, defendido pela Organização dos Estados Americanos, de 2011 (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, 2012a).

Na África, as mais importantes referências são o artigo 19 da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 ILM 58 - 1982), de 1981; o Tratado da Comunidade Econômica

dos Estados da África Ocidental (CEDEAO), de 1993; o Protocolo A/SP1/12/01 sobre Democracia e Boa Governança complementar ao Protocolo do Tratado da CEDEAO sobre o Mecanismo de Prevenção, Gestão, Resolução, Manutenção da Paz e Segurança dos Conflitos, de 2001; o artigo 9º da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão na África, editada pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, 32ª Sessão, de 2002, na qual afirma-se o direito à informação na África; a Convenção Africana sobre Prevenção e Combate à Corrupção, realizada pela União Africana, de 2003; a Carta Africana sobre Democracia, Eleições e Boa Governança, de 2007; a Regulamento MSC/REG.1/01/08 sobre o Quadro de Prevenção de Conflitos da CEDEAO, de 2008; o artigo 6º da Carta Africana sobre Valores e Princípios de Serviço e Administração Pública, da União Africana, 2011; a Lei Modelo sobre o Acesso à Informação para a África, aprovada pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 2013; e a Declaração Final da Conferência Internacional sobre o Acesso ao Direito Supranacional e Regional Africano, de 2012 (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, 2012a)

Na Europa, por parte do Conselho Europeu, sobressaem-se o artigo 10º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), de 1950; a Recomendação n.º R(81)19 do Comitê de Ministros sobre o Acesso à Informação de Autoridades Públicas, de 1981; a Declaração sobre a liberdade de expressão e de informação, Comitê de Ministros, 70ª sessão, de 1982; a Recomendação Rec(2002)2 do Comitê de Ministros sobre Acesso aos Documentos Oficiais, de 2002; a Convenção sobre o Acesso aos Documentos Oficiais, de 2008 (e respectivo Relatório Explicativo), constituindo-se o primeiro tratado multilateral que afirma e articula um direito geral, executório, que pode ser exercido por todas as pessoas, sem necessidade de demonstrar um interesse particular pelas informações solicitadas; e por fim, a Recomendação CM/Rec(2008)6 do Comitê de Ministros aos Estados-Membros sobre medidas destinadas a promover o respeito pela liberdade de expressão e de informação ao se tratar de filtros na Internet, de 2008 (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, 2012a).

A Comunidade Europeia, por sua vez, estabeleceu o Tratado da União Europeia e Declaração relativa ao direito de acesso à informação, JO C 191 de 1992; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia JO C 364 de 2000, por meio da qual, seu artigo 42, concede direito de acesso aos documentos detidos pelas instituições da União Europeia a “um cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva que resida ou tenha a sua sede social num Estado-Membro”; o Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, JO L 145, de 2001; a Diretiva 2003/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao acesso do público às informações sobre ambiente, JO L 41/26, de 2003; e o Tratado de Lisboa, 2007/C 306/01, de 2007, que amplia a aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia a todas as instituições da União Europeia e a todos os requerentes (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, 2012a).

Essas publicações ao longo dos anos refletem o desenrolar dos processos de democratização pelos quais esses países passaram após a transição de regimes autoritários a regimes mais abertos, de forma a instrumentar o repertório normativo da região, destacando a importância do direito de acesso à informação pública como um meio adicional para a consolidação da democracia (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2011, p. 9; DARBISHIRE, 2008, p. 44 – 47). Dessa forma, ao se considerar a perspectiva de que o princípio da transparência, associado diretamente à boa governança, é imprescindível ao exercício do direito de acesso à informação, reforça-se o argumento lançado por Gruenberg (2007, p. 28) de que a instrumentalização dos princípios de direitos humanos possibilitam que políticas de transparência garantam, não apenas, o acesso à informação às elites, mas também, a grupos mais vulneráveis.

#### **4. CASOS PARADIGMÁTICOS**

Dentre os casos que se destacam quando do estudo do direito de acesso à informação pública, o caso Claude Reyes ficou conhecido por

representar um marco nos tribunais internacionais. Nele, Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola e Arturo Longton Guerrero obtiveram a condenação do Estado do Chile por, sem uma justificativa válida, recusar o fornecimento de informações sobre um projeto cujo impacto repercutiria no meio ambiente e desenvolvimento sustentável de todo o país. Por ser o Chile signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 1990, o julgamento foi submetido a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que em 2006, consolidou o entendimento do direito de acesso às informações públicas como um direito fundamental do indivíduo e como uma obrigação do Estado, garantindo, pela primeira vez numa decisão de um tribunal internacional, que a garantia geral de liberdade de expressão protege o direito de acesso à informação de posse dos órgãos públicos. A condenação determinou que o Chile concedesse o acesso às informações pretendidas e que também efetivasse o direito de acesso à informação pública por meio de lei específica e respectiva capacitação de seus agentes públicos (SCOLFORO, 2013, p. 74).

A partir desse caso, tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto vários tribunais nacionais passaram a decidir que a informação deve ser divulgada quando servir a um interesse público “maior”, mesmo que seja prejudicado um outro interesse público ou privado importante, desde que o interesse público na divulgação supere o dano provável.

A questão do acesso à informação pública ganhou novo destaque internacional quando em 2010 a organização Wikileaks, sem autorização oficial, repassou o teor de telegramas de diplomatas norte-americanos para a imprensa. Dentre as repercussões, destaca-se o posicionamento assumido conjuntamente pela Relatora Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão e pelo Relator Especial para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (IACHR) no qual destacam, com fundamento nos princípios da lei internacional, que o direito de acesso a informações públicas é direito humano fundamental



sujeito a estrito regime de exceções – para a proteção de interesses públicos e privados como a segurança nacional e os direitos e segurança de terceiros - e recebeu especial atenção da comunidade internacional, uma vez que sem a proteção desse direito, é impossível que os cidadãos conheçam a verdade, exijam transparência e exercitem plenamente o direito à participação política. A declaração aponta ainda que devem ser proibidas por lei a realização de interferências, diretas ou indiretas, pelo governo visando exercer pressão contra qualquer informação transmitida por meios de comunicação de forma a interferir ou influenciar seu conteúdo. Também não devem ocorrer formas de censura prévia, imposta pelo governo ou por fornecedor comercial de serviços, por meio do uso de sistemas de filtragem de conteúdo, inclusive de serviços de internet (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010).

No contexto brasileiro, destacam-se dois casos, um deles, em 2011, quando dez grupos indígenas obtiveram a concessão de medida cautelar contra o Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana que ordenou a interrupção da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, em virtude da alegação de seu impacto devastador sobre o local – afetando não só os grupos indígenas, mas todo o meio ambiente da região. Convocado a participar de audiência sobre o caso, o Estado brasileiro não compareceu, alegando não contar com uma representação definitiva na OEA. A usina já se encontra em funcionamento, entretanto a conclusão do projeto está prevista para 2019.

Outro caso brasileiro que merece destaque por sua repercussão refere-se à divulgação da remuneração dos servidores públicos, uma vez que mesmo antes da publicação de lei nacional específica, a Lei nº 12.527/2011, controvérsia já havia sido firmada sobre a divulgação nominal desses valores sob o argumento de violação da privacidade, intimidade, segurança e liberdade dos servidores públicos. Essa alegação baseou-se precipuamente na possibilidade de que a divulgação do nome e rendimentos dos servidores públicos colocasse em risco a integridade física dos citados, em virtude de sua exposição. A alegação contrária, de que os pagamentos realizados aos

servidores públicos correspondem à matéria de interesse público e por isso devem contemplar o nível de detalhamento que possibilite a análise pontual referente aos pagamentos realizados, é a que vem sustentando a disponibilização das informações a esse respeito.

## **5. DESAFIOS ATUAIS**

A positivação dos direitos humanos alcançada no século XVIII por meio da Declaração Americana de 1776 e da Declaração Francesa de 1789, nascera associando as liberdades – inicialmente atrelada às garantias individuais, representando as liberdades públicas, expressas pela liberdade de expressão, liberdade religiosa e outras, que surgiram na tentativa de controlar o excessivo poder exercido pelo Estado, com base na legalidade e no respeito aos direitos fundamentais. Com o desenvolvimento sócio-jurídico, os direitos sociais também passaram a integrar o escopo dos direitos humanos e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a proteção à liberdade incorporou valores como o trabalho, a saúde, a educação, o lazer, etc. reconhecidos como direitos sociais e econômicos ao lado dos direitos civis e políticos.

Atualmente, os interesses difusos destacam-se nessa multiplicidade de direitos humanos. Nesse cenário, a atenção ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens públicos, etc. sobressaem-se em âmbito mundial, em que pese a sua maior ou menor concretização em diversos países, visto que a fome, a pobreza extrema, o analfabetismo, a falta de habitação e de saneamento básico, além de privações de várias espécies ainda devem ser superadas.

Dada as características históricas da evolução do Estado, verifica-se que as organizações públicas, de forma geral, são caracterizadas pela manutenção de estruturas pautadas no binômio informação-poder, onde, por um lado, compartilhar informações corresponde a renunciar a uma parcela de poder, e por outro, manter o sigilo é uma estratégia que visa manter influências (ALVES, 2011, p. 124). O comportamento da administração pública, muitas vezes, ainda reflete essa condição, uma vez

que a própria estrutura do Estado deve apresentar mudanças em sua cultura de forma que os agentes públicos adotem uma postura proativa quanto ao trato das informações públicas, além do efetivo emprego das tecnologias de informação e comunicação para que os dados disponíveis possam ser gerenciados de forma adequada à sua finalidade. Nesse contexto, a melhoria do capital informacional é requerida como o resultado de uma política pública de gestão da informação governamental, que privilegia a ampliação das relações do Estado com a sociedade civil na gestão pública (INDOLFO, 2013, p. 99).

Outra questão a ser considerada é a regulamentação dos dados pessoais, uma vez que tais informações podem extrapolar a esfera da privacidade, apresentando elevado grau de sensibilidade ante as lacunas ainda não abrangidas pela proteção do direito, a exemplo do produto resultante da mineração de dados associada a programas e sistemas tecnológicos cujo produto final resulta numa análise preditiva do comportamento do cidadão. Dessa forma, a intensiva utilização da tecnologia para coleta, armazenamento e transmissão de dados, também tem a capacidade de produzir novas informações a partir do inter-relacionamento resultante da sua manipulação, contemplando, ainda, análises e previsões de alta complexibilidade, podendo comportar riscos e benefícios ainda não previstos integralmente por uma proteção jurídica específica.

Destaca-se, entretanto, que a obtenção e utilização do produto de informações pessoais, apresenta grande potencial, podendo ser utilizado pelo próprio Estado e também para atender interesses comerciais, tal como ressalta Bioni (2017) ao apontar a sua utilidade para a formulação e adequação de políticas públicas e o aumento na eficiência da gestão pública, além do desenvolvimento de novos modelos de negócio, nos quais o cidadão-consumidor pode ter a sua participação autorizada, barrada ou personalizada a partir do perfil obtido por meio da junção de dados pessoais dispersos em diferentes plataformas (públicas e privadas). Nesse cenário, factível na atual sociedade da informação, Konder (2013, p. 373) destaca que “técnicas de mineração de dados (*data mining*) permitem, dentro do

amplo manancial de informações já disponíveis da rede – fornecidas pelos titulares devido aos mais variados motivos e nos mais diversos contextos –, a seleção daquelas úteis e valiosas e sua reconstrução sob nova formatação”.

Um contraponto ao direito de acesso à informação, entretanto é o direito ao esquecimento, uma vez que não há uma base jurídica sólida de sua aplicação em relação à disponibilização de informações, especialmente na internet, requerendo ainda um desenvolvimento das definições que constituem esse direito, especialmente quando a informação parte de sites governamentais. Sobre esse ponto, o Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) que regulamentava, no âmbito da União Europeia, o tratamento de dados pessoais, assegurando o direito à retificação de informações e, até mesmo, o apagamento de informações falsa ou incompletas, manteve essas prerrogativas estabelecendo a previsão de regras com tais finalidades, salientando que tais solicitações deverão ser respondidas sem demora injustificada, em no máximo um mês, devendo serem expostas as devidas razões quando o pedido for recusado, pela autoridade da decisão denegatória. Todavia, no que se refere à divulgação de informações verdadeiras, a questão ainda não foi pacificada. Em alguns casos, a solução é parcialmente obtida quando da atribuição de prazos de sigilo para determinadas informações, tal como se verifica na Lei de Acesso à Informação Pública brasileira (Lei nº 12.527/2011).

No entanto, na falta de dispositivo que defina explicitamente essa questão, a harmonização de princípios e a ponderação de direitos deverá ocorrer caso a caso, excluindo-se do embate, por exemplo, aqueles que representem a violação de direitos autorais, contenham informações difamatória ou informação verídica, mas que possa configurar uma “pena” perpétua aos implicados, tais como a recorrente associação à “infrações” cuja autoria não tenha sido comprovada, ou ainda referentes àqueles nos quais a retomada de antecedentes já não mais se configure válido para a

aplicação de sanções administrativas, cíveis ou penais, e até mesmo a exposição de vítimas de abusos, cuja vulnerabilidade e discriminação ainda frequente na sociedade, acaba por aprisionar suas referências a um contexto que já deveria ter sido superado e esquecido.

Ressalta-se, todavia que, a opacidade e a assimetria informacional verificadas no âmbito da informação pública ainda é facilmente percebida, devendo distinguir-se a informação que motivadamente deve apresentar restrição ao seu acesso, daquela que assim é considerada por falta do estabelecimento claro das diretrizes quanto à classificação das informações por parte órgãos e entidades públicas e também da precariedade da capacitação dos agentes públicos para o enquadramento com relações a suas restrições de acesso, de forma a perpetuar-se a cultura do sigilo.

A informação pública, reconhecida como bem público, quando disponibilizada de forma transparente tem o poder de irradiar luz e dirimir a obscuridade sobre a ação estatal, proporcionando à sociedade subsídios a melhores decisões. A cultura do segredo, entretanto, ainda é reproduzida em muitos Estados, e a mudança do paradigma do sigilo para o acesso à informação ainda encontra barreias administrativas. Entretanto, a mudança dessa cultura tende a ascender num caminho natural de evolução que se aproveita das novas tecnologias para sua disseminação e o amadurecimento dos Estados democráticos de direito.

Ao apontar o direito de acesso à informação não apenas como um direito fundamental, mas sim protegido pelo ordenamento internacional dos Direitos Humanos, Bucci (2009) ressalta que “assim mereceu tal tratamento, uma vez que toda pessoa que está submetida a uma hierarquia estatal tem o direito de ter prestado informações com caráter que tanto subsidiem o livre convencimento como sirvam para o controle e prevenção de corrupção na esfera do Estado”.

Aprimorar a legislação que regule o uso das informações obtidas, inclusive por parte de jornalistas e representantes da sociedade civil, que eventualmente tenham acesso a informação sigilosa, no intuito de contribuir para a defesa do interesse público, não deve sofrer restrições, a

menos que seja cometida fraude ou outro crime para se obter a informação, e ainda serem protegidos contra as sanções legais administrativas ou laborais no caso de agirem de boa fé, especialmente quando da divulgação de informação sobre violações da lei ou más práticas de que tenham conhecimento na esfera pública, ou ainda às relativas a grave ameaça à saúde, à segurança ou ao meio ambiente, ou sobre violação de direitos humanos ou de lei humanitária. Destaca-se, ainda, que qualquer tentativa de se impor sanção ou pena aos que divulguem informação secreta ou sigilosa deve estar fundamentada em lei existente e em sistemas legais independentes, que ofereçam plena garantia de cumprimento ao devido processo legal, incluído o direito de apelação.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito de acesso à informação pública como um direito humano fundamental resulta da evolução social e respectiva evolução jurídica, destacando a implementação, por parte do Estado, de ações de governança e elegendo a transparência pública um princípio balizador do Estado, capaz de contribuir para a prevenção, apuração e punição de ilícitos, aliando-se à aprimoração de instrumentos de gestão e boas práticas na administração pública. Dessa forma, a incorporação de tecnologias de informação e comunicação pelo Estado tem propiciado a efetivação do princípio da publicidade de forma qualificada, atendendo às características intrínsecas da transparência no que diz respeito à disponibilidade e à qualidade das informações, ou seja, a sua autenticidade, integridade, primariedade e atualidade, de forma a possibilitar a compreensão ampla da informação cujo sigilo não deve ser resguardado pelo Estado.

A força cultural do sigilo, no contexto da administração pública, implica muitas vezes no acesso à informação somente via questionamentos específicos, o que torna moroso o acesso à informação pública e sujeito ao retrabalho na sua obtenção e disponibilização.

Toda a informação produzida e disponibilizada pelas mais diversas tecnologias de informação e comunicações disponíveis hoje, altera a

percepção da sociedade e amplia o escopo de abrangência dos direitos humanos, que reproduz a plástica da evolução da sociedade, conforme pode se depreender da sua própria evolução.

Portanto, para garantir o direito de acesso à informação, o Estado observar a base jurídica que regulamenta o acesso à informação pública em seu país, atendendo ainda aos tratados internacionais dos quais seja signatário e aos princípios de direito que o fundamenta. Organizacionalmente, deve implementar políticas de gestão do conhecimento, estruturando-se para garantir o tratamento técnico adequado à gestão do patrimônio informacional sob sua responsabilidade, fazendo uso da tecnologia e suas possibilidades de utilização (internet, dados abertos, armazenamento em nuvem, aplicativos para celulares, dentre outras).

No contexto da gestão do Estado, verifica-se, ainda, que o exercício do direito de acesso à informação pública também pode funcionar como um mecanismo inibidor, ou numa outra hipótese, evidenciador de práticas de corrupção, uma vez que a opacidade ou a assimetria das informações públicas podem esconder ou dificultar a identificação de não-conformidades na gestão dos recursos públicos. Nesse sentido, a efetivação do princípio da publicidade pela administração pública possibilita uma melhor tomada de decisão por parte dos cidadãos quanto à análise da gestão do Estado, ratificando o entendimento de que o direito de acesso à informação atua como um instrumento que viabiliza a promoção de outros direitos humanos, sociais, culturais, etc., nessa perspectiva, o direito subjetivo do acesso à informação pública também prescinde da necessidade de se especificar a motivação do seu interesse e ainda de assegurar meios administrativo e judiciais para o cumprimento das garantias salvaguardadas.

Verifica-se, ainda, que a compreensão do direito de acesso à informação como um direito humano fundamental, visa garantir liberdades e salvaguardar o uso da informação pública de forma a contemplar anseios sociais num contexto de grande possibilidade de uso da tecnologia, no qual a capacidade de coleta e tratamento das informações exigem abordagens jurídicas que resguardem direitos que ora coexistem, ora confrontam-se, de forma a resguardar valores sociais e humanos indispensáveis ao desenvolvimento da sociedade.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Marília Souza Diniz. Do sigilo ao acesso: análise tópica da mudança de cultura. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais** n. Transparência e Controle Social, p. 120–134, 2011.
- BERNARDES, Marcele Berger; SANTOS, Paloma Maria; ROVER, Aires José. Ranking das prefeituras da região Sul do Brasil: uma avaliação a partir de critérios estabelecidos na Lei de Acesso à Informação. **Revista de Administração Pública** v. 49, n. 3, p. 761–792, jun. 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122015000300761&lng=en&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000300761&lng=en&nrm=iso&tlng=es)>. Acesso em: 28 dez. 2016.
- BIONI, Bruno R. *Privacidade e proteção de dados pessoais em 2017*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protexcao-de-dados/privacidade-e-protexcao-de-dados-pessoais-em-2017-10012017>>. Acesso em: 21 maio 2017.
- BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 9 abr. 2016.
- BUCCI, Eduardo Sadalla. Constitucional O acesso à informação pública como direito fundamental à cidadania. **Ambito Jurídico** v. XII, n. 67, 2009.
- CAFFERATA, Santiago Díaz. El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley. **Lecciones y Ensayos** n. 86, p. 151–185, 2009.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Acesso à informação pública: uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Brasília: Imprensa Nacional, 2011. 24 p. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2016. .
- GALLO, Fernando. *A informação muda tremendamente a vida das pessoas*.



- Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/publicos/a-informacao-muda-tremendamente-a-vida-das-pessoas/>>.  
Acesso em: 25 maio 2017.
- GRUENBERG, Christian. Identificando posibles puntos de entrada para una alianza entre las estrategias de Derechos Humanos y Anti-Corrupción. **The International Council on Human Rights Policy** p. 1–47 , 2007.
- INDOLFO, Ana Celeste. **Dimensões político-arquivísticas da avaliação de documentos na Administração Pública Federal (2004-2012)**. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UNIRIO, 2013. 312 p.
- JARDIM, José Maria. A Lei de Acesso à Informação Pública: dimensões político-informacionais. 2012, Rio de Janeiro: XIII Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação - XIII ENANCIB 2012. Comunicação Oral, 2012. p.20. Disponível em: <<http://inseer.ibict.br/ancib/index.php/tpbci/article/view/68/110>>.  
Acesso em: 9 abr. 2016.
- KONDER, Carlos Nelson. **Privacidade e corpo: convergências possíveis**. [S.l: s.n.], 2013. 352-398 p. .
- MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2. ed. Brasília: Unesco, 2009. 172 p. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/liberdade-informacao-estudo-direito-comparado-unesco.pdf>>. .
- MONTEIRO, Alessandra. **Aferição do grau de cumprimento às obrigações de transparência ativa constantes da Lei de Acesso à Informação por universidades federais do Brasil**. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2014. 68 p.
- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE. *Instrumentos e Padrões Internacionais Declarações dos Relatores Especiais Declarações das ONGs*. Disponível em: <<http://www.right2info.org/international-standards>>. Acesso em: 24 maio 2017a.

- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE. *Leis de Acesso à Informação: Visão Geral e Metas Estatutárias*. Disponível em: <<http://www.right2info.org/access-to-information-laws>>. Acesso em: 24 maio 2017b.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Acesso à informação pública é direito humano fundamental*. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=829&IID=1>>. Acesso em: 24 maio 2017.
- PERSCHARD MARISCAL, Jacqueline. El derecho de acceso a la información y la universidad pública. **UDUAL** v. 45, p. 11–17 , 2010.
- RESENDE, Walisson Da Costa; NASSIF, Mônica Erichsen. Aplicação da lei de acesso à informação em portais de transparência governamentais brasileiros. **Encontros Bibli: revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação** v. 20, n. 42, p. 1–16 , 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/view/1518-2924.2015v20n42p1>>. Acesso em: 2 abr. 2016.
- RODRIGUES, Georgete Medleg. Indicadores de “ transparência ativa ” em instituições públicas: análise dos portais de universidades públicas federais. **Liinc em Revista** v. 9, n. 2, p. 423–438 , 2013. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/viewFile/616/441>>. Acesso em: 21 abr. 2016.
- SCOLFORO, Roberta Ferrão. GOVERNANÇA PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE LAVRAS: FATORES FAVORÁVEIS E LIMITANTES. , 2013.
- SOARES, Ana Paula Alves. O valor da informação arquivística na sociedade do conhecimento: a linha tênue entre o estado e o cidadão. **Ágora** v. 23, n. 47, p. 79–98 , 2013.
- UNESCO. *Dia do Acesso à Informação celebrado em todo o mundo!* Disponível em: <<http://en.unesco.org/iduai2016>>. Acesso em: 24 maio 2017.

---

**A ATIVIDADE CONSULTIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
COMO MECANISMO AUXILIAR NO CONTROLE PREVENTIVO  
DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS VEICULADORAS DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**

---

**LILIAN BARROS DE OLIVEIRA ALMEIDA<sup>1</sup>**

*Universidade de Lisboa (Portugal)*

*Membro da Advocacia-Geral da União – AGU*

*(Advogada da União/Brasil)*

**SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. A veiculação de políticas públicas através das leis. 3. O controle preventivo de constitucionalidade das leis no sistema brasileiro. 4. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União e o controle preventivo de constitucionalidade, pelo Presidente da República, de leis veiculadoras de políticas públicas. 5. Conclusão. 6. Referências

---

<sup>1</sup> Advogada da União, membro da Advocacia-Geral da União, Brasil. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Foi professora substituta, na área do direito público, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

## 1. Introdução

A Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição caracterizada como Função Essencial à Justiça pela Constituição brasileira de 1988, responsável, nos termos de seu art. 131, por representar a União<sup>2</sup>, judicial e extrajudicialmente, e por exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Para o exercício de sua atividade consultiva, a AGU, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 1993, conta com diversos órgãos jurídicos, tais como a Consultoria-Geral da União e as Consultorias Jurídicas junto aos ministérios, os quais realizam a análise jurídica prévia de propostas de atos normativos, dentro de sua área de competência temática de assessoramento jurídico.

Considerando a relevância da atuação consultiva da AGU, bem como a veiculação de políticas públicas através das leis, propõe-se, através do presente artigo, analisar em que medida o referido assessoramento jurídico feito pelos órgãos consultivos da AGU pode contribuir para o controle preventivo de constitucionalidade de leis veiculadoras de políticas públicas, evitando-se, por consequência, que sejam adotadas políticas públicas inconstitucionais.

Para tanto, inicialmente, será estudado o enquadramento histórico do surgimento das políticas públicas, seu conceito e sua veiculação através das leis. Em seguida, será exposto o modelo do sistema brasileiro de controle preventivo de constitucionalidade das leis, dando-se especial destaque ao controle feito pelo Presidente da República.

Por fim, será demonstrado, a partir de dispositivos legais e de casos concretos, como a atividade consultiva da AGU de análise jurídica prévia de anteprojetos e de projetos de lei, exercida pela Consultoria-Geral da União e pelas Consultorias Jurídicas junto aos ministérios, funciona como mecanismo de auxílio ao Presidente da República no controle preventivo de constitucionalidade de leis veiculadoras de políticas públicas.

---

<sup>2</sup> Importante registrar a adoção no Brasil, nos termos dos arts. 1º e 18 da Constituição brasileira de 1988, da forma federativa de Estado. Nesse sentido, a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende, como entes federativos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição. A União tem a sua competência estabelecida nos arts. 21 a 24 da Constituição de 1988.

## 2. A veiculação de políticas públicas através das leis

A primeira configuração do Estado de Direito se deu sob o prisma do Estado Liberal, que perdurou entre o final do século XVIII e o início do século XX. O Estado, nesse contexto, assumiu uma função regulatória, reservando ao mercado a tarefa de promover a distribuição equânime de oportunidades e benefícios.<sup>3</sup>

A partir da segunda metade do século XIX surgiram conflitos e manifestações contra o Estado, por parte de setores atingidos pela crescente desigualdade material na distribuição de poder e riqueza, organizando-se em novos grupos de pressão, como as associações e sindicatos profissionais. A reação do Estado às revoltas e conflitos sociais se deu por meio do surgimento do Estado Social, como mudança de paradigma.

Havia a ideia consistente no dever de compensação do Estado ao indivíduo, devido a uma grande quantidade de pessoas prejudicadas pela concentração de riqueza e poder em alguns setores da sociedade. Com isso, houve o crescimento dos órgãos e das competências do Estado, que assumiu funções técnicas de aprimoramento da compensação e inclusão de setores da sociedade numa determinada rede de proteção.

Nesse contexto de um Estado mais intervencionista e social é que emergiu a necessidade da implementação de políticas públicas. Conforme ensina Maria Paula Dallari Bucci<sup>4</sup>, a locução “políticas públicas” é uma expressão multívoca. A análise desse objeto multifacetado combina técnicas das ciências sociais aplicadas, oriundas da ciência política, com desdobramentos nos campos da economia e da ciência da administração pública, visando à aproximação do problema central, o processo decisório governamental. A clareza sobre o método de análise jurídica é necessária para que se supere o sincretismo metodológico e se componha um olhar especificamente jurídico, adequado ao diálogo multidisciplinar.

Nesse sentido é possível afirmar, a partir dos ensinamentos da

<sup>3</sup> Cf. PAIXÃO, Cristiano. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (Org). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, v. 1.

<sup>4</sup> Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009.

referida autora, que políticas públicas são arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ações governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando a adequar meios e fins. No que tange ao objeto das políticas públicas, defende a autora que elas não se reduzem às políticas sociais. Propõe, assim, abordagem estrutural que possa se aplicar indistintamente a qualquer política, incluindo as políticas de infraestrutura e quaisquer outras em que se revele a ação do governo como condutora das decisões que moldam a relação com o mercado e a sociedade civil.

Destaca também a referida autora que as decisões relevantes ao olhar das políticas públicas acontecem no seio do poder governamental e que o balanço entre a parcela da decisão que recai sobre o Executivo e o Legislativo depende de vários fatores, até mesmo do regime de governo. Dessa forma, nos regimes parlamentaristas, o Parlamento tem grande influência sobre as linhas principais das políticas públicas adotadas pelo governo, enquanto que nos regimes presidencialistas, isso depende do vigor da representação política do Poder Legislativo.<sup>5</sup>

De qualquer modo, é certo que a lei possui um papel fundamental para a adoção das políticas públicas por parte da Administração Pública, de modo que toda a ação administrativa esteja vinculada à existência de prévio fundamento legal. Com efeito, é possível observar no Brasil, a título de exemplo, que a política pública de educação é veiculada através da Lei nº 9.394, de 1996 (estabelece as diretrizes e bases da educação nacional), a política pública de saúde é veiculada por meio da Lei nº 8.080, de 1990 (dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes) e a política pública de fomento à ciência e tecnologia foi trazida recentemente na Lei nº 13.243, de 2016 (dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação).

É importante frisar que as leis veiculadoras de políticas públicas,

---

<sup>5</sup> A respeito das fases de elaboração e execução das políticas públicas, conferir: SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. **Sequência: revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC**, v. 33, n. 64, p. 57-84, jul. 2012.

a serem posteriormente executadas pela Administração Pública brasileira, devem refletir direitos previstos na Constituição Federal de 1988, sendo de extrema relevância a verificação de sua conformidade prévia com a Carta maior no decorrer do processo legislativo, de modo a não serem promulgadas leis veiculadoras de políticas públicas que posteriormente venham a ter sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, causando insegurança jurídica quanto às ações já desenvolvidas sob a vigência daquela política pública.<sup>6</sup>

Nesse contexto é que se destaca o papel da Advocacia Pública<sup>7</sup> e, especificamente no caso da presente análise, da Advocacia-Geral da União<sup>8</sup> como auxiliadora na verificação da conformidade constitucional prévia das políticas públicas, conforme será exposto adiante.

Importa no próximo tópico expor, primeiramente, como se dá o controle de constitucionalidade preventivo das leis no Brasil para, na seqüência, se demonstrar como a AGU pode contribuir nesse sentido, em auxílio ao Presidente da República, através de sua atuação consultiva de análise jurídica prévia de anteprojetos e projetos de lei.

### 3. O controle preventivo de constitucionalidade das leis no sistema brasileiro

As ideias de controle preventivo e controle repressivo de constitucionalidade das leis dizem respeito ao momento do controle de constitucionalidade, se anterior ou posterior à publicação da lei.<sup>9</sup> O

6 Sobre o ativismo constitucional da Administração Pública, caracterizado pelo fato de a efetividade de determinadas normas de uma Constituição exigirem a intervenção da Administração Pública, conferir: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2011.

7 No que tange à temática geral concernente ao controle feito pela advocacia pública sobre as políticas públicas, conferir: AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco de. Controle de políticas públicas pelo advogado público(?): considerações embrionárias. **Forum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 15, n. 168, p. 34-61, fev. 2015.

8 A respeito do papel da Advocacia-Geral da União na formulação e implementação de políticas públicas na esfera federal, conferir: AMORIM, Filipo Bruno Silva. As políticas públicas sob a ótica da Advocacia-Geral da União. **Int. Públ. – IP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 109-134, nov./dez. 2014.

9 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 930-932.

controle preventivo de constitucionalidade no Brasil é tido essencialmente como um controle político, realizado por órgãos do Poder Legislativo e do Poder Executivo<sup>10</sup>, antes de o projeto de lei ser publicado, com vistas a impossibilitar a inserção no ordenamento jurídico de leis que padeçam de vícios de constitucionalidade formais ou materiais.

Há, também, a possibilidade excepcional do exercício do controle preventivo de constitucionalidade de projetos de lei pelo Supremo Tribunal Federal, mas ele se restringe, conforme decidido por essa Corte no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033 em 2013<sup>11</sup>, à análise, pela Corte Constitucional brasileira, dos requisitos de constitucionalidade formal do projeto de lei. O vício de inconstitucionalidade, nesse caso, estaria diretamente relacionado aos aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, e não com o conteúdo material do projeto de lei. Conforme decidiu o STF no julgado acima referido, não cabe ao Poder Judiciário antecipar o desfecho de um debate parlamentar acerca da constitucionalidade material de um projeto de lei, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes.

O Poder Legislativo federal brasileiro, nos termos do art. 44 da Constituição de 1988, é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe de duas Casas legislativas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, vigorando, portanto, o modelo bicameralista. O processo legislativo ordinário comum apresenta as seguintes fases: de iniciativa da lei; constitutiva (de deliberação parlamentar e executiva); e complementar (promulgação e publicação da lei).<sup>12</sup>

A iniciativa geral das leis ordinárias e complementares cabe, de acordo com o art. 61 da Constituição, a qualquer membro ou Comissão

---

10 Sobre a diferenciação do controle de constitucionalidade político para o jurisdicional, conferir: ARRUDA, Elcio. Novos perfis do controle de constitucionalidade: da hibridação ao risco de desfiguração. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, v. 22, n. 86, p. 103-126, abr/jun. 2014.

11 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS 32033. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Redator para acórdão: Ministro Teori Zavascki. Julg. 20.06.2013. **DJE** 18.02.2014.

12 Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1175-1193.



da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos na Constituição. Em algumas hipóteses, contudo, a Constituição determina a iniciativa privativa de algumas autoridades ou órgãos para a proposição de leis sobre determinadas matérias, como é o caso da iniciativa privativa do Presidente da República, no que tange às matérias especificadas no § 1º, do art. 61, da Constituição Federal.

A fase constitutiva do processo legislativo se divide nas etapas de deliberação parlamentar e de deliberação executiva. Na deliberação parlamentar, como regra geral, de acordo com os arts. 64 e 65, a discussão e votação dos projetos de lei terão início na Câmara dos Deputados, que é a casa iniciadora, cabendo ao Senado Federal o papel de casa revisora. Conforme preceitua o art. 47, salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

É na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania de cada uma das Casas legislativas que é efetuado o controle político, ou preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei pelo Poder Legislativo, nos termos do que dispõem, respectivamente, os arts. 32, IV, e 101, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Cumpre, assim, a essas comissões verificar a compatibilidade do conteúdo dos projetos com a Constituição Federal. Rejeitado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o projeto de lei será arquivado e será obstado o seu prosseguimento, salvo se acolhido recurso interposto contra sua rejeição. Do contrário, o projeto seguirá para o plenário, onde será discutido e votado.

Na fase de deliberação executiva, de acordo com o previsto no art. 66 da Constituição brasileira, após concluída a votação do projeto de lei no Congresso Nacional, ele é enviado ao Presidente da República, que poderá sancioná-lo ou vetá-lo. Conforme o disposto no § 3º, decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

No que tange ao veto presidencial, nos termos do § 1º do art. 66, ele poderá se dar por razão de inconstitucionalidade ou por contrariedade ao interesse público. Poderá, ademais, ser total, ou parcial, restringindo-se, nesse caso, apenas a texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. Nessa situação, caso o Presidente da República entenda pela inconstitucionalidade do projeto de lei, o seu veto por motivo de inconstitucionalidade se dará no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, antes de o projeto de lei transformar-se em lei.

Trata-se de notório mecanismo de freio e contrapeso, na acepção dos mecanismos de *checks and balances* trazidos por Madison quando da edição do Federalista, nos primórdios do constitucionalismo norte-americano.<sup>13</sup> Com efeito, afirmava Madison que a solução para o inconveniente da supremacia de um poder em detrimento de outro estaria, assim, justamente em repartir essa autoridade entre diferentes ramos do Estado e torná-los, utilizando maneiras diferenciadas de eleição e distintos princípios de ação, tão pouco interligados quanto fosse permitido por suas funções comuns e dependência da mesma comunidade. Um direito de veto absoluto sobre o Legislativo seria, à primeira vista, o instrumento natural com que o Executivo deveria ser armado.

É certo, porém, conforme destaca Marco Antônio Soares, que o veto presidencial deixou de ser apenas um instrumento de limitação do Poder Legislativo e passou a ser um instrumento de atuação positiva do Presidente da República nos negócios do Estado, fortalecendo enormemente a atuação do chefe do Poder Executivo.<sup>14</sup> Nesse sentido, é possível afirmar que o veto possibilita ao Presidente, inclusive, adequar políticas públicas veiculadas através de projetos de lei e melhor conformá-las à Constituição e ao interesse público.

No que tange ao controle preventivo de constitucionalidade do projeto de lei antes da sanção presidencial, importante destacar, a título de

<sup>13</sup> Cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

<sup>14</sup> Cf. SOARES, Marco Antônio Striquer. O veto: controle jurídico do veto presidencial: é possível? É necessário? **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 40, n. 15, p. 241-251, jul/set, 2013.

estudo de direito comparado, o procedimento adotado em Portugal.<sup>15</sup> Os arts. 278 e 279 da Constituição da República Portuguesa de 1976 preveem explicitamente a fiscalização preventiva de constitucionalidade, a cargo do Tribunal Constitucional. A fiscalização preventiva permite a um certo número de legitimados, dentre eles, o Presidente da República, arguir, durante o procedimento legislativo, a inconstitucionalidade de determinado diploma junto ao Tribunal Constitucional que, respeitados os prazos constitucionalmente estabelecidos, se manifestará acerca da questão.

Nesse sentido, dispõe o art. 278, § 1, que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência. Quanto aos efeitos da decisão, preceitua o art. 279 que, na hipótese de o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado. Dessa forma, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.

No Brasil, como não é atribuída ao Supremo Tribunal Federal a competência de realizar o controle preventivo de compatibilidade material

<sup>15</sup> A propósito do controle preventivo de constitucionalidade no ordenamento jurídico português e de sua comparação com o modelo brasileiro, conferir: MUNGUBA, Filipe Ferreira. **Controle preventivo de constitucionalidade: uma análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português**. Coimbra, 2014. 137 p. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

do conteúdo dos projetos de lei com a Constituição, não há a possibilidade de o Presidente da República provocar a Suprema Corte antes de sua decisão pela sanção ou veto do projeto de lei.

Cumpra, assim, no próximo tópico, expor a atribuição específica da Advocacia-Geral da União de análise jurídica de anteprojetos e projetos de lei para, desse modo, demonstrar como essa atuação consultiva da AGU contribui significativamente para o controle preventivo de constitucionalidade das leis pelo Presidente da República, evitando, por consequência, que sejam promulgadas leis veiculadoras de políticas públicas inconstitucionais.

#### **4. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União e o controle preventivo de constitucionalidade, pelo Presidente da República, de leis veiculadoras de políticas públicas**

A Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 131 da Constituição brasileira de 1988, é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

O constituinte de 1988 a qualificou como Função Essencial à Justiça (Capítulo IV, do Título IV- arts. 127 a 135), ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública. As Funções Essenciais à Justiça, conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>16</sup>, são funções profissionais públicas (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública) e privadas (Advocacia), que adquiriram status de instituição pela Constituição Federal, com o objetivo de exercer atividades de fiscalização, controle e zeladoria, bem como de provocação e defesa.

Da leitura do acima mencionado art. 131 da Constituição Federal, depreende-se que a Advocacia-Geral da União possui uma atribuição contenciosa, de representação judicial e extrajudicial dos três Poderes da

<sup>16</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 18.

União, além de uma atribuição consultiva, de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.<sup>17</sup> Destaque-se que, no Brasil, o Poder Executivo, nos termos do art. 76 da Constituição, é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Em atendimento ao mandamento constitucional constante no art. 131, foi editada a Lei Complementar 73/93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. No que tange à atividade consultiva, foram previstas na mencionada lei a Consultoria-Geral da União, órgão de direção superior da AGU, e as Consultorias Jurídicas junto aos ministérios, que são órgãos de execução da AGU, integrantes da estrutura organizacional dos respectivos ministérios, sendo subordinadas, técnica e juridicamente, ao Advogado-Geral da União.

As Consultorias Jurídicas possuem competência estabelecida no art. 11, da LC 73/93, e são caracterizadas como órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas. Destaca-se, para a presente análise, sua competência prevista no inciso I, do art. 11, de assessoramento jurídico das autoridades acima indicadas.<sup>18</sup>

No âmbito desta atividade de assessoramento jurídico, foi prevista uma competência específica para as Consultorias Jurídicas no art. 37, III, do Decreto nº 4.176, de 2002, que regulamenta a Lei Complementar nº 95, de 1998 (dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis). O mencionado Decreto estabelece as normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal. O referido artigo prevê a

---

17 A respeito da configuração dada à Advocacia-Geral da União pela Constituição brasileira de 1988 e da sua atribuição consultiva e contenciosa, conferir: MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

18 Destaque-se que, nos termos do art. 13 da Lei Complementar nº 73, de 1993, é a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados.

competência das Consultorias Jurídicas de elaborar parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade formal dos atos normativos propostos pelos respectivos Ministros de Estado, antes deles serem enviados para a Presidência da República.

Tal competência se dá no âmbito da legística<sup>19</sup>. Carlos Blanco de Moraes ensina que a legística material consiste no sistema de ação integrado por um conjunto de métodos e técnicas de gestão do conteúdo normativo e que se propõe a assegurar que a concepção da lei observou requisitos de qualidade e de validade que lhe permitam preencher, adequadamente e com eficiência, os objetivos operacionais que presidiram à sua aprovação. Já a legística formal consiste na disciplina que estuda a comunicação legislativa, de modo a melhorar a compreensão e identificação da normação legal vigente. A título principal, ela visa a adoção de técnicas de redação e sistematização interna dos textos das normas legais, destinadas a assegurar a sua correção gramatical, clareza, certeza, precisão, parcimônia, coerência interna e facilitação interpretativa.<sup>20</sup>

Conforme já exposto anteriormente, no âmbito do processo legislativo brasileiro, o Presidente da República possui legitimidade, nos termos do art. 61 da Constituição Federal, para apresentar projetos de lei na forma e nos casos previstos na Constituição. Para tanto, dispõe o art. 33 do Decreto supramencionado, que compete aos ministérios e aos órgãos da estrutura da Presidência da República a proposição de atos normativos, observadas as suas respectivas áreas de competências. Assim é que os anteprojetos de lei veiculadores de políticas públicas, originários da iniciativa legislativa do Poder Executivo, são inicialmente elaborados no âmbito dos ministérios referentes a cada área temática e passam por uma prévia análise pela respectiva Consultoria Jurídica, que elaborará, em atividade de assessoramento jurídico, parecer que analisará a constitucionalidade do ato normativo proposto.

<sup>19</sup> A propósito da atuação legística desenvolvida no âmbito da AGU, conferir: ARAÚJO, Fabiano de Figueiredo. Políticas Públicas, Legística e a AGU: o papel do Advogado Público Federal na efetividade normativa. Belo Horizonte. **Revista da AGU**, ano 14, n. 4, out/dez 2015.

<sup>20</sup> Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de legística**. Lisboa: Verbo, 2007, p. 211.

Destaque-se que, apesar da natureza opinativa do parecer, caso sua conclusão seja pela inconstitucionalidade, o anteprojeto de lei não poderá seguir para a Presidência da República e a proposta será arquivada no ministério. É de se notar aqui o relevante papel da Advocacia-Geral da União, através das Consultorias Jurídicas, de evitar o envio, pelo Presidente da República, ao Congresso Nacional, de anteprojetos de lei veiculadores de políticas públicas eivadas de inconstitucionalidade. Doutra lado, ao opinar por sua constitucionalidade e possibilitar o posterior encaminhamento do anteprojeto de lei pelo Presidente ao Congresso Nacional, as Consultorias Jurídicas conferem a segurança da conformidade constitucional da política pública veiculada.

Importa agora destacar outra relevante contribuição da atuação consultiva da AGU, em auxílio ao Presidente da República, no controle preventivo de constitucionalidade das leis veiculadoras de políticas públicas. Conforme já mencionado anteriormente, após a conclusão da votação do projeto de lei no Congresso Nacional, ele é encaminhado ao Presidente da República para sanção, sendo-lhe possível vetar o projeto de lei, total ou parcialmente, por inconstitucionalidade.

Para concluir pela constitucionalidade, ou não, do projeto de lei, o Presidente da República pode se valer da relevantíssima contribuição dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União. A Lei Complementar nº 73, de 1993, em seu art. 10, traz a previsão da Consultoria-Geral da União como órgão de direção superior da AGU responsável colaborar com o Advogado-Geral da União em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República. Nesse sentido, o art. 12, VII, do Decreto nº 7.392, de 2010, que trouxe a estrutura regimental da AGU, especifica competir à Consultoria-Geral da União assistir o Advogado-Geral da União na análise dos atos encaminhados à sanção do Presidente da República, submetidos à Advocacia-Geral da União. Destaque-se que essa atribuição é desempenhada pelo Departamento de Análise de Atos Normativos da Consultoria-Geral da União, a propósito do disposto no art. 15, II, do referido Decreto.

Foi o caso, por exemplo, do Projeto de Lei nº 6, de 2003 (nº

7.699/ na Câmara dos Deputados), que instituiu a política pública de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). A Presidência da República solicitou manifestação da Advocacia-Geral da União a respeito da constitucionalidade do referido projeto de lei, antes de sancioná-lo. A AGU, por meio da Consultoria-Geral da União, opinou pelo veto, por inconstitucionalidade, do art. 82 do referido projeto de lei, que assegurava à pessoa com deficiência prioridade na tramitação processual, nos procedimentos judiciais e administrativos em que for parte, interveniente ou terceira interessada e no recebimento de precatórios, em qualquer instância.<sup>21</sup>

Argumentou a AGU que, ao estabelecer prioridade no pagamento de precatório, o dispositivo contradiz a regra do art. 100 da Constituição, que determina que os precatórios deverão ser pagos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação. O Presidente da República acolheu o posicionamento da AGU e vetou o referido dispositivo do projeto de lei, que culminou na Lei nº 13.146, de 2015. Evitou-se, assim, a futura declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal pelo Supremo Tribunal Federal, o que, certamente, fragilizaria a política pública de inclusão da pessoa com deficiência.

Pode o Presidente da República também contar com o auxílio das Consultorias Jurídicas junto aos ministérios antes de decidir pela sanção ou veto do projeto de lei por inconstitucionalidade, tendo em vista a sua área temática de atuação. Com efeito, dispõe o art. 52 do Decreto nº 4.176, de 2002, que, na apreciação de projetos de lei, enviados pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para sanção, compete à Secretaria de Assuntos Parlamentares da Secretaria-Geral da Presidência da República solicitar aos ministérios e aos demais órgãos da Administração Pública Federal as informações que julgar convenientes, para instruir o exame do projeto. Nesse sentido, uma vez provocado determinado ministério a se manifestar pela sanção ou veto de projeto de lei afeto à sua área temática, devem as Consultorias Jurídicas, no âmbito de sua atribuição de assessoramento

<sup>21</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-246.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-246.htm)



jurídico ao Ministro, emitir parecer quanto à constitucionalidade de tais projetos de lei.

Foi o que ocorreu no tocante à relevante política pública denominada “Mais Médicos”, objeto do Projeto de Lei de Conversão nº 26, de 2013 (Medida Provisória nº 621/2013). O mencionado programa foi instituído com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde (SUS). No âmbito da referida política pública foi instituído o Projeto Mais Médicos para o Brasil, oferecido aos médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras, por meio de intercâmbio médico internacional. Foi estabelecido que o médico intercambista exerceria a medicina exclusivamente no âmbito das atividades de ensino, pesquisa e extensão do Projeto Mais Médicos para o Brasil, dispensada, para tal fim, nos 3 (três) primeiros anos de participação, a revalidação de seu diploma.

A Consultoria Jurídica junto ao então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde e a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação foram instadas a se manifestar sobre a constitucionalidade do mencionado projeto de lei. As CONJURs do Ministério da Saúde e do Ministério da Educação se manifestaram em seus pareceres pela integral constitucionalidade da política pública.

Já a CONJUR junto ao Ministério do Planejamento recomendou o veto do § 1º do art. 16, que especificava que a prorrogação da permanência no Projeto, após a primeira etapa, somente seria admitida para os médicos intercambistas que integrem carreira médica específica. Sustentou a Consultoria Jurídica que o dispositivo legal, ao se referir à integração dos médicos estrangeiros em uma “carreira médica específica”, criou exigência de ingresso em carreira não prevista no ordenamento jurídico brasileiro, restringindo seu acesso a médicos intercambistas sem amparo constitucional.<sup>22</sup>

Afirmou a CONJUR que essa imposição contrariou a legislação

---

<sup>22</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-465.htm)

então vigente, pela impossibilidade de estrangeiros poderem assumir cargos, empregos e funções públicas, em razão da inexistência da regulamentação infraconstitucional nesse sentido. Em segundo lugar, sustentou que a medida vedava o exercício profissional dos intercambistas de maneira perene e fora do âmbito do Projeto, o que seria incompatível com a lógica de uma carreira pública. Por fim, alegou que o dispositivo poderia levar à interpretação de acesso automático a cargo ou emprego público, em contrariedade ao art. 37, inciso II, da Constituição, que prevê que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público.

A recomendação de veto por inconstitucionalidade foi acolhida pelo Presidente da República, que sancionou a consequente Lei nº 12.871, de 2013, com veto parcial ao § 1º de seu art. 16. Dessa forma, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, órgão de execução da Advocacia-Geral da União, por meio de sua atuação consultiva, auxiliou o Presidente da República no controle de constitucionalidade preventivo das leis, evitando que ingressasse no ordenamento jurídico lei veiculadora de política pública eivada de vício de constitucionalidade.

Doutro lado, é importante destacar que as Consultorias Jurídicas, ao se manifestarem pela constitucionalidade e consequente sanção de projetos de lei que trazem políticas públicas afetas à sua área temática de assessoramento jurídico, contribuem para a sua estabilidade e sustentabilidade constitucional. Isso porque, caso tais políticas públicas, após a promulgação das respectivas leis veiculadoras, tenham a sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, a Advocacia-Geral da União, por meio da Secretaria-Geral de Contencioso<sup>23</sup>, poderá se valer, de forma integrada, dos argumentos utilizados nos pareceres das Consultorias Jurídicas, de modo a promover uma melhor defesa da constitucionalidade de tais políticas públicas perante o STF.

Com efeito, a Advocacia-Geral da União tem obtido sucessivas vitórias na defesa da constitucionalidade de relevantes políticas públicas que

---

<sup>23</sup> Órgão de direção superior da AGU competente, nos termos do art. 8º, I, do Decreto nº 7.392, de 2010, para assistir o Advogado-Geral da União na representação judicial da União, no Supremo Tribunal Federal.

foram questionadas no Supremo Tribunal Federal, mediante essa atuação integrada com órgãos do consultivo<sup>24</sup>. Foi o caso, a título de exemplo, das decisões favoráveis do STF pela constitucionalidade: a) da política pública nacional de biossegurança (Lei nº 11.105, de 2005)<sup>25</sup>; b) da política pública que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/2006)<sup>26</sup>; e c) da política pública do desarmamento (Lei nº 10.826/2003)<sup>27</sup>.

## 5. Conclusão

A Constituição brasileira de 1988, ao trazer a previsão da atuação da Advocacia-Geral da União de assessoramento e consultoria ao Poder Executivo em seu art. 131, possibilitou que os órgãos consultivos da AGU auxiliem o Presidente da República no controle preventivo de constitucionalidade de leis, evitando-se, dessa forma, que sejam adotadas leis veiculadoras de políticas públicas que possam vir a ser posteriormente consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso se dá, em primeiro lugar, através das Consultorias Jurídicas junto aos ministérios, a propósito da competência prevista no art. 37, III, do Decreto nº 4.176, de 2002, quando instadas a se manifestar sobre minutas de anteprojetos de lei a serem propostos pelos ministros de sua respectiva área temática ao Presidente da República, para posterior envio ao Congresso Nacional, no âmbito de sua iniciativa legislativa. Caso o parecer de análise do texto pela Consultoria Jurídica seja conclusivo por sua inconstitucionalidade, impede-se o envio, pelo Presidente da República, ao Congresso Nacional, de anteprojetos de lei veiculadores de políticas públicas eivadas de inconstitucionalidade.

<sup>24</sup> A propósito da defesa realizada pela Secretaria-Geral de Contencioso da AGU, perante o Supremo Tribunal Federal, de relevantes políticas públicas, conferir: SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de (Coord.). 25 anos da Constituição e a Defesa da União no STF-Casos Emblemáticos. **Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal**. Brasília, ano V, n. 26 (mar/2013).

<sup>25</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. **DJe** 28.05.2010.

<sup>26</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC 19. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe** 29.04.2014.

<sup>27</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3112. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **DJe** 26.10.2007.

No tocante à decisão do Presidente da República quanto à sanção ou veto de projeto de lei veiculador de política pública, para concluir por sua constitucionalidade, ou não, o Presidente pode se valer da relevantíssima contribuição da Consultoria-Geral da União e das Consultorias Jurídicas. Nesse sentido, o art. 12, VII, do Decreto nº 7.392, de 2010, que trouxe a estrutura regimental da AGU, especifica competir à Consultoria-Geral da União assistir o Advogado-Geral da União na análise dos atos encaminhados à sanção do Presidente da República, submetidos à Advocacia-Geral da União.

Pode o Presidente da República também contar com o auxílio das Consultorias Jurídicas junto aos ministérios antes de decidir pela sanção ou veto do projeto de lei por inconstitucionalidade, tendo em vista a sua área temática de atuação, a propósito da previsão do art. 52 do Decreto nº 4.176, de 2002, de solicitação da Presidência da República, aos ministérios, das informações que julgar convenientes, para instruir o exame do projeto. Nesse sentido, uma vez provocado determinado ministério a se manifestar pela sanção ou veto de projeto de lei afeto à sua área temática, devem as Consultorias Jurídicas, no âmbito de sua atribuição de assessoramento jurídico ao Ministro, emitir parecer quanto à constitucionalidade de tais projetos de lei.

Dessa forma, projetos de lei que trazem políticas públicas podem ser vetados se considerados inconstitucionais e, doutro lado, se considerados constitucionais pela Consultoria-Geral da União e pela Consultoria Jurídica temática, darão sustentabilidade constitucional à política pública caso ela seja impugnada perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, a Secretaria-Geral de Contencioso da AGU, órgão competente por assistir o Advogado-Geral da União na representação judicial da União no STF, terá acesso, em uma ação integrada entre consultivo e contencioso, à fundamentação jurídica que foi utilizada pelos órgãos consultivos da AGU ao opinarem pela constitucionalidade do projeto de lei. Por consequência, será promovida uma mais completa defesa da constitucionalidade de tais leis veiculadoras de políticas públicas perante o STF.

Conforme já se mencionou anteriormente, a Lei Complementar nº 93, de 1993, instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e especificou a competência de seus órgãos. Contudo, há de se notar a inexistência de previsão explícita dessa tão relevante atribuição legística, da Consultoria-Geral da União e das Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, de se manifestar quanto à constitucionalidade dos anteprojetos e dos projetos de lei, em auxílio ao Presidente da República, dentro de suas áreas temáticas de assessoramento jurídico.

De igual forma, a recentíssima Medida Provisória nº 782, de 31 de maio de 2017, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos ministérios, ao trazer a competência do Advogado-Geral da União no art. 18, deixou de prever explicitamente essa sua competência legística, em auxílio ao Presidente da República, no exercício do controle preventivo de constitucionalidade das leis.

Recomenda-se, assim, a alteração da referida legislação para que passe a constar, explicitamente, a competência das Consultorias Jurídicas dos ministérios de análise prévia quanto à constitucionalidade dos anteprojetos de lei propostos em sua área temática, bem como a competência da Consultoria-Geral da União e das Consultorias Jurídicas para se manifestarem quanto à constitucionalidade dos projetos de lei submetidos à sanção do Presidente da República. Dessa maneira, com uma previsão explícita desta competência legística dos órgãos consultivos na Lei Orgânica da AGU, e não somente em Decretos esparsos, se contribuirá para o melhor aprimoramento das leis veiculadoras das políticas públicas, de modo a se evitar a posterior declaração de sua inconstitucionalidade.

## 6. Referências

- AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco de. Controle de políticas públicas pelo advogado público(?!): considerações embrionárias. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 15, n. 168, p. 34-61, fev. 2015.
- AMORIM, Filipo Bruno Silva. As políticas públicas sob a ótica da Advocacia-Geral da União. **Int. Públ. – IP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 109-134, nov./dez. 2014.
- ARAÚJO, Fabiano de Figueiredo. Políticas Públicas, Legística e a AGU: o papel do Advogado Público Federal na efetividade normativa. Belo Horizonte. **Revista da AGU**, ano 14, n. 4, out/dez 2015.
- ARRUDA, Élcio. Novos perfis do controle de constitucionalidade: da hibridação ao risco de desfiguração. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, v. 22, n. 86, p. 103-126, abr/jun. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS 32033. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Redator para acórdão: Ministro Teori Zavascki. Julg. 20.06.2013. **DJe** 18.02.2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. **DJe** 28.05.2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC 19. Relator: Ministro Marco Aurélio. **DJe** 29.04.2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3112. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **DJe** 261.0.2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

- MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de legística**. Lisboa: Verbo, 2007, p. 211.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MUNGUBA, Filipe Ferreira. **Controle preventivo de constitucionalidade: uma análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e portugueses**. Coimbra, 2014. 137 p. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2011.
- PAIXÃO, Cristiano. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. **Seqüência: revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC**, v. 33, n. 64, p. 57-84, jul. 2012.
- SOARES, Marco Antônio Striquer. O veto: controle jurídico do veto presidencial: é possível? É necessário? **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 40, n. 15, p. 241-251, jul/set, 2013.
- SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de (Coord.). 25 anos da Constituição e a Defesa da União no STF- Casos Emblemáticos. **Publicações da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal**. Brasília, ano V, n. 26 (mar/2013).





---

# O PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E SEUS LIMITES

---

ISA ANTÓNIO<sup>1</sup>

*Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo*

## SUMÁRIO

1. Delimitação da figura; 1.1. Pressupostos; 2. Distinção entre o «*ius variandi*» e o «*fait du prince*»; 2.1. A «alteração *anormal* das circunstâncias»; 3. Limites Legais ao «*ius variandi*»; 4. O dever de compensação ao parceiro privado; 5. Considerações finais

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Administrativo/Contratação Pública, pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Direito Administrativo, pela Universidade Católica do Porto. Curso de Especialização em Direito da Saúde, pela Universidade do Minho. Pós-graduação em Contratação Pública, pela Universidade Católica do Porto. Investigadora no IJP (Universidade Portucalense) e no **Centro de Estudos em Direito da União Europeia** (Universidade do Minho). Prof.<sup>a</sup> Adjunta Convidada no Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo.

## 1. Delimitação da figura

Quando falamos da modificação unilateral do contrato, reportamo-nos essencialmente às alterações das prestações contratuais exigíveis ao parceiro privado que são, pela sua natureza e superveniente onerosidade, exógenas à álea de risco inerente a todos os contratos, com que as partes tacitamente contam no momento da celebração do contrato.

Tratam-se, *in casu*, de vicissitudes e alterações que contendem com o princípio do *pacta sunt servanda*, colocando seriamente em risco a estabilidade e igualdade contratuais. Existem, pelo contrário, alterações típicas do decurso da execução contratual, compatíveis com a cláusula *rebus sic stantibus*, porquanto “as superveniências estão cobertas pelos riscos contratuais, não tendo a outra parte de arcar com os prejuízos que essa situação acarrete (...)”<sup>2</sup>.

A modificação unilateral do contrato possui uma outra especificidade: apenas o parceiro público pode lançar mão desta prerrogativa, sendo certo, que terá de haver lugar à devida fundamentação.

Não se trata, portanto, de um mecanismo utilizável a bel-prazer por parte do contraente público. Pelo contrário, terá de se estribar dentro dos limites das necessidades coletivas para os quais foi celebrado o concreto contrato. Acresce, de outro modo, que a superveniência das alterações de facto ou de Direito não poderão ser imputáveis a qualquer das partes<sup>3</sup>.

A imprevisibilidade dos eventos motivadores do poder do «*ius variandi*» constitui um elemento decisivo para a legitimidade e validade da sua imposição ao contraente privado.

Não pode o contraente público alterar as prestações exigíveis ao

---

<sup>2</sup> Neste sentido, LEITÃO, Alexandra. **O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais**. In: ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO, V, 2012, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.6. [https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt.\\_das\\_circ.\\_contratuais-2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf) (data de acesso: 20-05-2017)

<sup>3</sup> Cfr. LEITÃO, Alexandra. **O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais**. In: ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO, V, 2012, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p.7. [https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt.\\_das\\_circ.\\_contratuais-2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf) (data de acesso: 20-05-2017)

parceiro privado, unilateralmente, de modo arbitrário, por via de reponderação do interesse público. É imperativo que a necessidade de proceder ao reajustamento contratual se revista de imprevisibilidade e de novidade até para o contraente público. Fora destes pressupostos, o contrato apenas pode ser modificado por acordo de ambos os contraentes ou por sentença judicial ou arbitral, sem desprimor de modificação contratual por via de ato administrativo do parceiro público, por razões atendíveis de interesse público, constantes no Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP)<sup>4</sup>.

O poder de modificação unilateral pertencente ao contraente público possui uma *dupla vertente*<sup>5</sup>.

Primeira vertente. Poderá versar sobre a alteração de uma ou mais cláusulas estipuladas no contrato inicial quanto ao conteúdo do mesmo.

Segunda vertente. A alteração poderá reportar-se ao modo de execução das prestações assumidas por ambas as partes. Pode a modificação incidir sobre uma ou mais prestações do contraente público, no sentido de atenuar a sua onerosidade, ou, pelo contrário, incidir sobre as prestações do contraente privado, tornando-as eventualmente mais onerosas. A condição jurídica indispensável é que essa modificação unilateral se prenda com “razões de interesse público” e que os direitos do contraente privado sejam salvaguardados.

Esta motivação tem de ser fundamentada e demonstrada, de modo objetivo da perspetiva do interesse público. Não basta que o contraente público invoque a urgência ou pertinência do interesse público. Mais que isso, terá de o comprovar, porquanto a finalidade do *«ius variandi»* é “adequar o contrato às mutações do interesse público verificadas em momento posterior à sua celebração, ou porque entretanto a realidade se modificou em virtude de necessidades novas”<sup>6</sup>, ou ainda, porque se procedeu a uma reponderação das circunstâncias iniciais em que as partes fundaram a sua decisão de contratar ou de contratar naqueles moldes.

<sup>4</sup> Cfr. Artigo 311.º, n.º1 e n.º2, Código dos Contratos Públicos.

<sup>5</sup> Neste sentido, ANTÓNIO, Isa. **As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde**. Coimbra: Almedina, 2015. pp.437 e seguintes.

<sup>6</sup> Assim, SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral**. 2.ªed. Lisboa: Dom Quixote, 2009. Tomo III. pp. 143.

## 1.1. Pressupostos

Atendendo à durabilidade normalmente longa dos contratos administrativos, às vicissitudes dos interesses públicos que se procuraram satisfazer com a celebração daqueles é natural que surjam modificações nas circunstâncias que conduziram à necessidade de contratualizar.

O «*ius variandi*» ou poder de «modificação unilateral» do contrato consiste na possibilidade que a Administração possui de, sem necessidade de acordo por parte do seu parceiro privado ou de intervenção judicial, proceder à modificação das cláusulas relativas ao conteúdo ou ao modo de execução<sup>7</sup> das prestações acordadas, por razões de «interesse público», nos termos dos artigos 311º, nº2 e 312º, com os limites estabelecidos no artigo 313º.

Nos termos do artigo 311º, nº2, apenas é possível a modificação unilateral do contrato por parte do parceiro público, o Estado, quando para o efeito, haja ponderosas razões de «interesse público». Deste modo, a modificação por alteração das circunstâncias encontra-se excluída da esfera de auto-tutela administrativa, apenas podendo resultar de contrato modificativo ou de decisão judicial ou arbitral, nos termos da alínea a), do nº1, do artigo 311º, do CPP.

A finalidade desta prerrogativa é adequar o contrato às mutações do «interesse público» verificadas em momento posterior ao da respectiva celebração, de acordo com o disposto na alínea b), do artigo 312º, CCP: «(...) decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes».

No entanto, importa salientar que não são apenas as circunstâncias anormais ou imprevisíveis que geram na esfera jurídica do contraente público o poder-dever de modificação unilateral do contrato, mas também

---

<sup>7</sup> Sobre a questão pertinente que se prende com os «trabalhos a mais» e o poder de modificação, no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas, e, em particular sobre a «teoria da imprevisão no Código dos Contratos Públicos», vide MARTINS, Ana Gouveia. A Modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Vol. II. pp. 59 a 118.

situações que, sendo normais ou previsíveis, por razões de fundado interesse público, justifiquem o recurso a esta prerrogativa.

Encontrando-se perfeito o contrato, a entidade pública contratante apenas poderá introduzir modificações no mesmo, com o cumprimento estrito e rigoroso dos seguintes requisitos formais e materiais: (a) que haja fortes razões de «interesse público»; (b) que o contrato se modifique para atender a causas imprevistas, justificando devidamente a necessidade do exercício deste poder; (c) que a modificação afecte as condições essenciais do contrato; (d) que tanto a possibilidade de que o contrato seja modificado, assim como as condições em que as modificações sejam introduzidas se encontrem nas peças e nas cláusulas do contrato; (e) que as modificações do contrato, tal como o contrato inicial, devem formalizar-se em documento escrito; (f) que as modificações terão de ser comunicadas ao Tribunal de Contas, órgão externo, independente, dotado de soberania.

## 2. Distinção entre o «*ius variandi*» e o «*fait du prince*»

A figura jurídica do «*ius variandi*» distancia-se, a nosso ver, do instituto do «*fait du prince*» (ou «*factum principis*»)<sup>8</sup>, desde logo, no que respeita à sua estrutura, em termos diversos, pese embora para Autores como MARCELLO CAETANO, ambos são conceitos correspondentes à prerrogativa administrativa exorbitante «de introduzir unilateralmente certas modificações no regime das prestações a fazer pelos particulares a quem esteja vinculada por contrato administrativo».

De outro passo, MARIA JOÃO ESTORNINHO salienta o facto de «a maioria dos autores ter (...) reconhecido à Administração este direito – considerado mesmo como a sua prerrogativa exorbitante por excelência

---

<sup>8</sup> Vide Neste sentido, ANTÓNIO, Isa. **As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde**. Coimbra: Almedina, 2015. pp.451 e seguintes; ANTÓNIO, Isa. A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: «*ius variandi*». **Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto**, Porto, n.º 03, out.2015, pp.7 e seguintes; PINTO, Cláudia de Moura. **O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos- Reflexão sobre o instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2012.

– de alterar as prestações devidas pelo contraente particular, de forma a adaptá-las à melhor prossecução do interesse público visado no contrato».

Aquela distinção opera-se, a nosso ver numa vertente funcional, material e teleológica.

Em termos funcionais, o primeiro (modificação unilateral do contrato) pressupõe a prática de um ato dimanado do próprio exercício administrativo, ainda que se apresente sob a forma e com força de lei. Por seu turno, o segundo («facto do príncipe»), não deriva sempre de um ato emanado de uma autoridade administrativa podendo, contudo, resultar de um ato praticado por outra função estadual.

No que diz respeito à vertente material, o «*ius variandi*» supõe sempre um ato individual concreto, tendo por objeto uma dada categoria circunscrita de situações, assim como, um sujeito ou, pelo menos, um conjunto determinável de sujeitos. O «*fait du prince*» poderá, eventualmente, resultar de um ato genérico.

Em termos teleológicos, o «*ius variandi*» pretende afetar o conteúdo e o cerne do contrato, adaptando-o à transmutação, reconformação ou superveniência do interesse público.

O instituto do «*fait du prince*» tem como desiderato a satisfação de outros interesses gerais ou particulares, dando resposta a solicitações e aspirações de outra ordem, somente afetando o objeto contratual de modo indireto.

O «*ius variandi*» acarreta directamente uma alteração contratual, ao passo que o «*factum principis*» conduz à modificação contratual, mas somente de um modo indirecto ou reflexo.

O «*ius variandi*» afasta-se do «*factum principis*», no que concerne ao seu regime jurídico, devido à sua maior limitação de utilização quando comparado com o segundo, pois «não é possibilidade constante de todos os contratos da Administração»<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> *Vide*, de modo mais desenvolvido, Neste sentido, ANTÓNIO, Isa. **As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde**. Coimbra: Almedina, 2015. pp.451 e seguintes; PINTO, Cláudia de Moura. **O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos- Reflexão sobre o instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do contrato administrativo**. Coimbra: Almedina,

## 2.1. A «alteração anormal das circunstâncias»

O poder de modificação unilateral do contrato, pertencente ao parceiro público da relação jurídico-contratual administrativa, aparece juridicamente associado a um instituto jurídico dele autónomo e que dele se distingue, denominado de «alteração anormal das circunstâncias»<sup>10-11</sup>, o qual por seu turno, suscita sérias questões concernentes à reposição do «equilíbrio financeiro» do contrato.

Como salienta MARIA JOÃO ESTORNINHO, acerca da necessidade de manter o *status quo* financeiro e a estabilidade contratual, «o reconhecimento de um direito à estabilidade do contrato justifica que a lei obrigue a entidade pública contratante a repor o equilíbrio financeiro do contrato, protegendo não apenas os interesses económicos do contratante particular, mas também o seu interesse à estabilidade do contrato, o que se traduz na imposição de limites e condições ao exercício de tais poderes»<sup>12</sup>.

A distinção entre ambos os institutos merece-nos particular relevância, visto que é passível de gerar *alguma confusão*<sup>13</sup> mormente no que respeita ao fundamento do «*ius variandi*», o que se explica pelo facto de um dos principais motivos para o exercício deste poder reconduzir-se a uma

---

2012; e *vide* FREITAS, Lourenço Vilhena de. **O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)**. Lisboa: AAFDL, 2007. pp.116 e 117.

10 Neste sentido, *vide* FREITAS, Lourenço Vilhena de. **O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)**. Lisboa: AAFDL, 2007. pp.116 e 117. Veja-se ainda a obra de ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, reimp.2003. pp. 130 a 137; ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português**. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 444 e seguintes.

11 A respeito das alterações das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas dos candidatos, devidas a circunstâncias imprevistas, *vide* SÁNCHEZ, Pedro Fernández. O regime da alteração das circunstâncias no âmbito do procedimento pré-contratual. In: **Contratação Pública –I**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. p. 103 e ss. [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_ContratacaoPublicaI.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublicaI.pdf) (data de acesso: 20-05-2017)

12 Neste sentido, *vide* ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português**. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 455 e 459.

13 Assim, FREITAS, Lourenço Vilhena de. **O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)**. Lisboa: AAFDL, 2007. pp.116.

alteração (significativa) de circunstâncias em que ambas as partes fundaram a sua decisão de contratar e/ou de contratar naqueles termos concretos.

A distinção entre o «*ius variandi*» e a alteração anormal das circunstâncias faz-se essencialmente em três níveis ou planos: a) fundamentos; b) estrutura; c) efeitos.

O fundamento do «*ius variandi*» é, na vasta maioria das situações, o interesse público e em termos de estrutura, pressupõe sempre a prática de um ato jurídico-público (« (...) permite à entidade pública contratante, enquanto parte do contrato, com fundamento na lei e mediante sujeição a limites e contrapartidas, modificar as prestações contratuais, procurando adaptá-las a novas exigências do interesse público»)<sup>14</sup>. Por sua vez, a alteração das circunstâncias funciona de modo direto, sem ser necessária qualquer mediatização para a produção dos seus efeitos jurídicos.

A alteração das circunstâncias constitui, em si mesmo, um instituto autónomo e de acordo com LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, «o ato de modificação unilateral (inserido no poder administrativo) visa, apenas, de forma vinculada e não discricionária, plasmar as exigências jurídicas resultantes da aplicação do instituto da alteração das circunstâncias ao contrato administrativo e não prosseguir autonomamente qualquer interesse público ou outros princípios administrativos. (...) a alteração das circunstâncias pode derivar, ainda, da prática de um acto jurídico-público (...)»<sup>15</sup>.

No tocante à matéria dos efeitos jurídicos, ao passo que o «*ius variandi*» pode ter eficácia inovatória acerca do objeto do contrato, ou seja, do seu conteúdo ou clausulado, já a alteração das circunstâncias tem por finalidade contribuir para a conformação da realidade contratual à

<sup>14</sup> Assim, vide ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português**. Coimbra: Almedina, 2006. pp.457.

<sup>15</sup> Neste sentido, vide FREITAS, Lourenço Vilhena de. **O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)**. Lisboa: AAFDL, 2007. pp.117, assim como, ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, reimp.2003. pp. 130 e seguintes.



superveniência de novas circunstâncias<sup>16</sup>, apesar de poder existir alguma margem de livre apreciação por parte do parceiro público.

As partes, ao celebrar um dado contrato destinado a vigorar na ordem jurídica a longo prazo, conformam-se tácita e voluntariamente às respectivas vicissitudes que são passíveis de surgir no decurso da execução do mesmo.

Na vida contratual, o nível de risco existente e a álea que envolve a celebração do contrato, é livre e voluntariamente assumida pelas partes que o procuram, que o subscrevem.

Qualquer alteração das circunstâncias pode, com base em consenso das partes, encontrar «ajustamento» no clausulado contratual, desde logo porque «as partes podem prever alterações de circunstâncias e estipular para tal eventualidade»<sup>17</sup>.

Em caso de não previsão por parte das partes, de cláusulas sobre uma eventual alteração de circunstâncias ou essa previsão seja dúbia, impõe-se uma «interpretação» do contrato de modo a suprimir essa concreta lacuna. Segundo a posição defendida por MARIA JOÃO ESTORNINHO:

«(...) nem tudo num contrato pode ser alterado pela Administração, a seu bel-prazer, e que qualquer modificação exige como contrapartida a reposição do equilíbrio financeiro do contrato (...)»<sup>18</sup>.

16 A respeito da alteração das circunstâncias *vide* as considerações tecidas por: LEITÃO, Alexandra. **O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais**. In: ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, V, 2012. pp.3-8; 24-25.

[https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt.\\_das\\_circ.\\_contratuais-2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf) (data de acesso: 20-05-2017)

17 *Vide* CORDEIRO, António Menezes. **Contratos Públicos. Cadernos O Direito**, Coimbra, Almedina, nº 02, 2007. pp.65 e 66.

18 Assim, ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, reimp.2003. pp. 134 e 135; ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português**. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 46 a 49.

Importa ainda clarificar que não estamos perante o «*ius variandi*» em diversas situações, como nomeadamente: a) quando o próprio poder de modificação unilateral encontra-se expressamente consagrado a favor da Administração, *ab initio*, no próprio contrato ou em norma que lhe seja aplicável; b) quando deriva da própria vontade das partes, mediante a celebração de um acordo posterior adicional ou suplemento ao próprio contrato; c) quando as partes convencionam, de sua livre iniciativa, a extinção e/ou modificação do contrato mediante a verificação de certas condições ou ocorrência de determinadas situações, onde se preveja a automática modificação do contrato<sup>19</sup>.

A questão sobre a «alteração anormal das circunstâncias» coloca-se quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração significativa e anormal, «imprevisível» a ambas as partes, e não se encontram a coberto da «álea» dos riscos normais do contrato. E, neste contexto, a obrigatoriedade na manutenção do contrato, permanecendo as partes vinculadas às obrigações inicialmente assumidas, representa, manifestamente, uma violação intolerável dos princípios de boa-fé e de proporcionalidade<sup>20</sup>.

### 3. Limites Legais ao «*ius variandi*»

Existem três limites a que o exercício do “*ius variandi*» tem de se conformar para que possa ser legítimo e legal. Citando MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, este poder é, a par do poder de resolução unilateral, «aquele que mais frontalmente põe em causa a estabilidade contratual, pelo que a lei rodeia o seu exercício de algumas cautelas, traduzidas na imposição de três importantes limites: o núcleo essencial do contrato, o

<sup>19</sup> Neste sentido, *vide* ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, reimp.2003. pp. 135. ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português**. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 46 a 49.

<sup>20</sup> Neste sentido, *vide* SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral**. 2.<sup>a</sup>ed. Lisboa: Dom Quixote, 2009. Tomo III. pp. 154 e 155.

respeito da concorrência e o equilíbrio financeiro do contrato»<sup>21</sup>.

Primeiro limite. **Núcleo essencial do contrato.**

Decorre do artigo 313.º, n.º1, 1.ª parte, CCP: «a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato». Constitui, limite absoluto, o núcleo essencial das prestações que corporizam o contrato ou o teor prestacional dos contraentes.

Não pode haver alterações tais que conduzam a um desvirtuamento contratual tal como inicialmente projetado e contratado. Nesta senda vai PEDRO GONÇALVES, o qual defende que «por via do poder de modificação, a entidade pública não pode (...) impor ao seu contratante uma alteração que desfigure o tipo de contrato celebrado, convertendo-o num contrato de natureza diferente»,<sup>22</sup> em nome do *princípio da intangibilidade do objeto do contrato* (é objeto contratual a *coisa* a que o contrato concerne ou a própria *obrigação* contratualmente estipulada)<sup>23</sup>.

Segundo limite. **Respeito pela concorrência.**

Decorre do artigo 313.º, n.º1, 2.ª parte, CCP: «(...) nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência (...) relativamente à formação do contrato».

Nos termos do artigo 313.º, n.º2, CCP o contraente público apenas poderá legitimamente exercer este direito quando demonstre

<sup>21</sup> Neste sentido, *vide* SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral**. 2.ªed. Lisboa: Dom Quixote, 2009. Tomo III. pp. 144; *vide* ainda ANDRADE, VIEIRA de. A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos. In **Estudos de Contratação Pública**. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. II.

<sup>22</sup> Neste sentido, *vide* GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo**. Coimbra: Almedina, 2004. pp.108.

<sup>23</sup> Assim, GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo**. Coimbra: Almedina, 2004. pp.108; *vide*, ainda, de modo desenvolvido, Neste sentido, ANTÓNIO, Isa. **As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde**. Coimbra: Almedina, 2015. pp.437 e seguintes; ANTÓNIO, Isa. A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: «ius variandi». **Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto**, Porto, n.º 03, out.2015, pp.17 e seguintes.

de modo objetivo que, caso essa alteração tivesse constado do caderno de encargos, a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada. Ou no caso em que a duração do vínculo contratual e do decurso do tempo justifique essa modificação.

### Terceiro limite. **Reposição do equilíbrio do contrato.**

Encontra-se previsto no artigo 314.º, n.º1, al.b), articulado com o artigo 282.º, n.º5 e n.º6, CCP. Este mecanismo consiste na “restauração da proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato, calculada em função do valor das prestações a que ambos os contraentes se vincularam e dos efeitos resultantes da modificação unilateral no valor dessas prestações” (artigo 282.º, n.º5, CCP)

O respeito pelo equilíbrio financeiro do contrato não poderá colocar uma posição em situação mais favorável do que a que resultava do inicialmente estipulado no contrato.

Este limite veda a possibilidade de o contraente público modificar os pressupostos financeiros em que assentou o contrato e a decisão de as partes contratarem. Acresce que a reposição do equilíbrio do contrato não pode cobrir perdas que já decorriam desse equilíbrio ou que pertenciam à álea de risco contratual.

Reporta-se ao dever de o contraente público indemnizar o contraente privado pelo sacrifício de direitos patrimoniais, pelo que produz efeitos desde a data em que o acto administrativo de modificação unilateral se torna operante na ordem jurídica (artigo 282.º, n.º3, CCP), mas também pode traduzir-se na prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, revisão de preços, entre outros.

O respeito pelo «equilíbrio financeiro» do contrato representa, na verdade, um condicionamento legal, mas não em termos absolutos<sup>24</sup>.

No caso em que a modificação do contrato conduza a uma «variação

<sup>24</sup> ANTÓNIO, Isa. A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: “*ius variandi*». **Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto**, Porto, n.º 03, out.2015, pp.19 e seguintes.

do preço» do mesmo, então deverá reajustar-se a garantia que foi prestada pelo parceiro privado, para que assegure com a devida “proporção e adequação” o novo preço modificado. Do lado do parceiro público, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato implicará a necessidade de indemnizar o parceiro privado, em função das suas expectativas económico-financeiras frustradas<sup>25</sup>.

Com efeito, o parceiro público pode reestabelecer o «equilíbrio financeiro» originário do contrato, em conformidade com o disposto nos artigos 314º, nº1, alínea b) e 282º, do CCP. Este artigo deverá ser articulado com o preceito insito no artigo 282º, nº5, representando, conjuntamente, um «*mecanismo de reequilíbrio financeiro*», o qual consubstancia-se na restauração da proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato, calculada em função do valor das prestações a que as partes se vincularam e dos efeitos resultantes da «*modificação unilateral*» no valor dessas mesmas prestações.

De acordo com PEDRO GONÇALVES, o reequilíbrio económico-financeiro deverá atender ao seguinte: a) nas situações em que o contrato se reveste de manifesta simplicidade, o contrato tem um preço estabelecido em função dos custos previstos (far-se-á a diferença entre o preço e os custos, sendo o resultado o valor de receita a ser auferido pelo parceiro privado); b) nas circunstâncias em que o parceiro público impõe uma modificação do contrato que conduz a um acréscimo dos custos inicialmente estimados, então o preço terá de ser aumentado de modo a garantir ao parceiro privado o mesmo nível de lucro que iria auferir, se a modificação não tivesse lugar; c) existem situações revestidas de maior complexidade, traduzidas numa equação financeira inicial assenta na procura prevista dos serviços prestados pelo parceiro privado e em que a sua remuneração consiste, pelo menos, parcialmente em preços pagos pelos utilizadores, o contrato é então celebrado em conformidade com uma «*base*

---

<sup>25</sup> Vide GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo**. Coimbra: Almedina, 2004. pp.122 e 123; bem como, ANDRADE, VIEIRA de. A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos. In **Estudos de Contratação Pública**. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. II.

*de projecção de receitas e de custos»<sup>26</sup>.*

Importa atender ao disposto no n.º 6, do citado artigo 282º, em nome da transparência e da concorrência, segundo o qual o «*mecanismo de reequilíbrio financeiro*» do contrato nunca poderá colocar qualquer das partes em situação mais vantajosa ou favorável do que aquela que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido entre as partes, aquando da celebração do contrato, nem cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou que eram inerentes à «*álea de risco*» próprio do contrato.

Deste modo, a Administração não pode atribuir ao seu parceiro privado uma compensação superior ao valor estabelecido no contrato originário.

Por seu turno, o n.º2, do citado artigo 282º, refere que o co-contratante privado apenas tem direito à reposição do «*equilíbrio financeiro*» na circunstância em que, atendendo à repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos face aos quais aquele co-contratante determinou o valor das prestações a que se vinculou, conquanto que o parceiro público conhecesse ou não devesse ignorar esses mesmos pressupostos. Por outro lado, para assegurar a prossecução do «*interesse público*» é suficiente que a alteração dos pressupostos fosse objectivamente comprovável.

De acordo com o legalmente estipulado no artigo 282º, n.º3, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato poderá ser alcançado mediante um reescalonamento do prazo para a concretização das prestações a cargo do parceiro privado, ou seja, poderá ser prorrogado o prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato<sup>27</sup>.

Para além desta hipótese, também os preços poderão ser objeto de revisão, bem como, ser estabelecida a assunção da parte do contraente

<sup>26</sup> Vide GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo**. Coimbra: Almedina, 2004. pp.122 e 123; ANDRADE, VIEIRA de. A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos. In **Estudos de Contratação Pública**. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. II.

<sup>27</sup> Assim, LEITÃO, Alexandra. **O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais**. In: ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, V, 2012. pp.12 -16.

[https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt.\\_das\\_circ.\\_contratuais-2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf) (data de acesso: 20-05-2017)

público, do dever de prestar à contraparte privada o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato ou por qualquer outro meio contratualmente estipulado.

Este montante traduz-se numa indemnização pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados, pelo que produz efeitos desde a data em que o acto administrativo de modificação unilateral se torna eficaz, sem prejuízo de poder ser parcialmente diferida quanto a efeitos específicos que não sejam susceptíveis de razoável avaliação imediata ou sobre cuja existência, incidência ou quantificação não haja concordância entre as partes, em conformidade com o disposto no n.º 4, do artigo 282.º.

No que concerne em especial à «modificação unilateral» dos contratos de Parceria Público-Privada, temos o preceituado no artigo 340.º, do CPP<sup>28</sup>, tendo o intérprete da lei, ter de averiguar as especificidades de cada contrato elencado no CCP, para uma correta e adequada aplicação dos poderes do parceiro público.

MARIA JOÃO ESTORNINHO refere duas vias possíveis para condicionar o poder de modificação unilateral, tornando-o mais flexível aos casos concretos: a) operar a distinção entre cláusulas modificáveis e cláusulas imodificáveis em qualquer contrato administrativo; b) afirmar que qualquer modificação é admissível, conquanto que não afete o próprio núcleo contratual (o objeto do contrato).

#### 4. O dever de compensação ao parceiro privado

O *«ius variandi»* não pode ser visto como um *poder ilimitado e sem compensações*<sup>29</sup>, devendo ser estribado dentro de condicionantes legais e

<sup>28</sup> Artigo 340.º, n.º2, do CCP - «A modificação do contrato que configure uma parceria público-privada depende de decisão conjunta dos ministros ou dos membros do Governo Regional responsáveis pelas áreas das finanças e da tutela sectorial»; n.º3 - «No âmbito da administração indirecta do Estado ou das Regiões Autónomas, a decisão de modificação depende de parecer favorável do ministro ou do membro do Governo Regional da tutela sectorial».

<sup>29</sup> Vide ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, reimp.2003; e da mesma autora, **Direito Europeu dos Contratos Públicos**.

contratuais rigorosos, sob pena de ser desvirtuada a ideia de contrato que tem por base um consenso entre partes.

Perante o acionar da modificação unilateral do contrato por parte do parceiro público, são reconhecidos ao parceiro privado vários direitos e outros mecanismos legais<sup>30-31</sup>, que se traduzem, no fundo, como uma forma de *compensação económica* em virtude do *agravamento da onerosidade das suas prestações*.

Na verdade, de acordo com a posição preconizada por PEDRO GONÇALVES:

«(...) ao impor a modificação ou rescisão do contrato, a entidade pública frustra as expectativas económico-financeiras do seu contratante. Terá por isso de o indemnizar. (...) a entidade pública fica obrigada a repor a equação económico-financeira em que todo o contrato está baseado»<sup>32</sup>. (Sublinhado nosso)

A modificação unilateral do contrato origina, em consequência, alterações relativamente àquela base resultando uma redução as receitas expectáveis ou um incremento de custos previstos, o parceiro público fica obrigado a indemnizar o «desvio» por si causado com essa modificação

---

**Um Olhar Português.** Coimbra: Almedina, 2006. pp. 133.

30 Neste sentido, *vide* FREITAS, Lourenço Vilhena de. **O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)**. Lisboa: AAFDL, 2007. pp.305 e seguintes.

31 Neste sentido, cfr acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, proc. n.º 00549/12.2BEAVR, datado de 15-05-2014, Relator Antero Pires Salvador; *vide* ainda o Relatório n.º 1/2015 – 1.ª s auditorias, do Tribunal de Contas, pp.35 e seguintes. [http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2015/1s/audit-dgtec-rel001-2015-1s.pdf](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2015/1s/audit-dgtec-rel001-2015-1s.pdf) (acesso em 20-05-2017)

32 Assim, GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo**. Coimbra: Almedina, 2004. pp.122 e 123; ANDRADE, VIEIRA de. A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos. In **Estudos de Contratação Pública**. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. II.



contratual imposta unilateralmente.

Podemos retirar do regime legal ínsito no CCP, as seguintes consequências jurídicas a ter aplicação em «crescendo»: (a) o contrato pode manter-se em vigor, através do adequado pagamento de uma compensação financeira à parte prejudicada segundo critérios de equidade, nos termos do artigo 314.º, n.º2; (b) o contrato pode ser modificado, em conformidade com o disposto no artigo 312.º, alínea a); (c) o contrato pode ser resolvido, nos termos do artigo 332.º, n.º1, alínea a) e 335.º, n.º1, do CCP.

No que concerne às consequências resultantes do exercício do poder de modificação unilateral, o artigo 314.º, n.º1, CCP contempla o direito do contraente privado à reposição do equilíbrio contratual quando aquele haja sido fundamentado em circunstâncias anormais ou imprevisíveis ou ainda em razões de interesse público. No entanto, nos termos do n.º2 do citado preceito, é trazido à colação o *critério da equidade para efeitos de compensação financeira ao privado ou no âmbito de alteração do contrato*.

## 5. Considerações finais

De todos os poderes do parceiro público no âmbito contratual, o poder do «*ius variandi*» é o que suscita maior controvérsia<sup>33</sup>, em virtude do risco inculcado nos princípios de «estabilidade contratual», «*pacta sunt servanda*», boa-fé, igualdade, bem como, do risco de frustração das «legítimas

<sup>33</sup> Segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO: «a própria noção de objeto do contrato tem sido, para este efeito, fonte de acesa controvérsia e a tendência é para distinguir o objeto em si mesmo e as prestações contratuais, admitindo apenas que a Administração altere estas últimas, mas exigindo que *mantenha intocável o primeiro*. (...) enorme limitação que isto representa para o próprio âmbito do “*ius variandi*», uma vez que se admite que a Administração imponha alterações às prestações do seu co-contratante, no que respeita à sua quantidade, modelo, condições técnicas e jurídicas de execução, *mas não que lhe possa ordenar que passe a prestar uma actividade diferente daquela a que se comprometera*». A Administração não pode, *inclusive*, impor a realização de prestações alheias ao inicialmente estabelecido no clausulado ou, alterações que sejam susceptíveis de causar «mudanças na sua economia, mesmo quando tais modificações fossem compatíveis com o modo de gestão ou o tipo de convenção inicialmente adoptados». Neste sentido, *vide* ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, reimp.2003. pp. 133 e 134.

expectativas da contraparte»<sup>34</sup> criadas ao longo das negociações preliminares e no momento da celebração do contrato.

A modificação unilateral do contrato possui a suscetibilidade de contender ou afetar elementos próprios do contrato, tais como, a própria noção do contrato estabelecido entre as partes, certeza jurídica e direitos dos parceiros privados, os quais justamente acreditaram na solidez e firmeza da base contratual.

Em nossa opinião, justifica-se o recurso a este poder, devido à exigência legal e constitucional que recai sobre o parceiro público de procurar a melhor solução para o interesse público no âmbito de execução do contrato público.

Verifica-se com alguma regularidade a necessidade de ajustar o conteúdo do contrato celebrado, num dado momento, a uma nova realidade ou novo *statuo quo* não antecipado pelas partes.

A modificação unilateral do contrato nasce com o advento de uma “nova factualidade”, a qual surge em pleno decurso da execução contratual, seja por virtude de mudanças da própria coletividade, seja porque o interesse público (necessidades coletivas) em que as partes fundaram a sua decisão de contratar alterou-se de modo significativo. Tão significativa essa mudança que, a manter-se o clausulado inicial, levaria a uma situação intolerável da perspectiva da boa-fé e lealdade contratuais e sobretudo da perspectiva do princípio basilar da “boa prossecução do interesse público”.

A manutenção do contrato tal como inicialmente estipulado conduziria a um verdadeiro abuso de direito, porquanto excederia manifestamente os limites impostos pela boa-fé (artigo 334.º, do Código Civil, de aplicação subsidiária).

Perante um circunstancialismo tal que coloque em risco o interesse público, impõe-se ao Estado, na veste de contraente público, que lance mão do poder de modificação unilateral do contrato, conquanto que seja

---

<sup>34</sup> Assim, ANTÓNIO, Isa. A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: “*ius variandi*». **Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto**, Porto, n.º 03, out.2015. pp. 22 e seguintes.

salvaguardado o mecanismo de *reposição do equilíbrio* económico-financeiro e se encontre em conformidade com os outros limites mencionados.

Por via de regra consistem em situações não previstas no momento da celebração do contrato, de cariz *anormal e imprevisível*, mas nada impede que se tratem mesmo de *circunstâncias normais ou previsíveis*, tendo, neste caso, de ser *especial e manifestamente demonstrado o interesse público que ficaria seriamente em risco com a manutenção do clausulado originário*<sup>35</sup>.

Salvaguardados os direitos do contraente privado no tocante à execução das suas prestações com maior dilação no prazo, suavização dos preços a ser pagos por si ou mediante pagamento de indemnização e revelando-se como condição essencial à prossecução do interesse público, o contraente público deverá recorrer ao catálogo de poderes previsto no artigo 302º, CCP, de onde consta o poder de modificação unilateral do contrato.

Preconizamos a posição segundo a qual, mais que um poder, o «*ius variandi*» representa um dever, o qual a ser omitido pelo contraente público, poderá conduzir à sua responsabilização financeira por parte do Tribunal de Contas por má gestão de fundos públicos e oneração excessiva da perspectiva do erário público, risco que existe perante a denominada “captura do Estado pelo parceiro privado” em contratos de longa duração celebrados entre o setor público e o setor privado<sup>36</sup>.

## Bibliografia

**ANDRADE, VIEIRA** de. A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos. In **Estudos de Contratação Pública**. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. II.

ANTÓNIO, Isa.

<sup>35</sup> Cfr. ANTÓNIO, Isa. A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: “*ius variandi*». **Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto**, Porto, n.º 03, out.2015, pp.22 e seguintes.

<sup>36</sup> Neste sentido, ANTÓNIO, Isa. **As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde**. Coimbra: Almedina, 2015. pp.437 e seguintes.

**\_As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde.** Coimbra: Almedina, 2015. 738 p.

\_ A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: “ius variandi». **Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto**, Porto, n.º 03, out.2015.

CABRAL, António Ferreira. **A modificação objetiva nos contratos administrativos. Em especial, por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias à luz do Código dos Contratos Públicos.** Porto, 2014. 57 f. Tese (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade Católica do Porto, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Contratos Públicos. Cadernos O Direito**, Coimbra, Almedina, nº 02, 2007

ESTORNINHO, Maria João.

**\_Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português.** Coimbra: Almedina, 2006.

\_ **Requiem pelo Contrato Administrativo.** Coimbra: Almedina, reimp.2003.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. **O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício).** Lisboa: AAFDL, 2007.

GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo.** Coimbra: Almedina, 2004.

LEITÃO, Alexandra. **O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais.** In: ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, V, 2012

[https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt.\\_das\\_circ.\\_contratuais-2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf) (data de acesso: 20-05-2017)

MARTINS, Ana Gouveia. A Modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Vol. II.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. O regime da alteração das circunstâncias no âmbito do procedimento pré-contratual. In: **Contratação Pública –I**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. p. 97-108

[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_ContratacaoPublicaI.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublicaI.pdf) (data de acesso: 20-05-2017)

SILVA, Luísa Monteiro. **A reposição do equilíbrio financeiro nos contratos administrativos – em especial, no contrato de empreitada de obras públicas**. Porto, 2013. 61 f. Tese (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade Católica do Porto, 2013.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral**. 2.<sup>a</sup>ed. Lisboa: Dom Quixote, 2009. Tomo III.



---

## INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL Y JURISDICCIONES *OFFSHORE*

---

GILBERTO ATENCIO VALLADARES<sup>1</sup>  
*Universidad de Salamanca*

### SUMARIO

I.- Introducción. II.- Contenido. 1.- Intercambio de información fiscal y jurisdicciones *offshore*. 1.1.- Situación actual. 1.2.- Paraísos fiscales: Enfoque desde el Derecho venezolano. 2.1.- Legislación en materia de legitimación de capitales. 3.- Divulgación de datos en paraísos fiscales: *Panama papers*. III.- Conclusiones. IV.- Bibliografía.

### I.- Introducción

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Mención Europea, Universidad de Salamanca y profesor Invitado, Universidad de Santiago de Compostela

Una de las principales luchas que se han emprendido a nivel de la fiscalidad internacional en la actualidad es precisamente erradicar la evasión fiscal, mediante un intercambio de información fiscal efectivo entre las Administraciones tributarias de los diferentes países.

Como bien se sabe, la utilización con fines delictivos de las jurisdicciones *offshore* se ha incrementado en los últimos tiempos y por ese motivo, se intenta disminuir y eliminar el listado actual de paraísos fiscales. Tal como se ha mencionado en otra oportunidad, «no cabe la menor duda, como dan cuenta de ello los acontecimientos, que en los últimos años ha habido un progreso a una velocidad verdaderamente acelerada con relación al intercambio de información tributaria y las llamadas jurisdicciones *offshore*»<sup>2</sup>.

Sin embargo, debemos decir que la utilización *per se* de este tipo de jurisdicciones no pueden convertirse automáticamente en una práctica ilegal o en una situación de reproche social e internacional. Siempre habrá que determinar de forma individual la finalidad de utilizar alguna jurisdicción de este tipo, para poder hacer el juicio de valoración correspondiente.

Nos proponemos en estas breves notas, analizar a la luz del Derecho venezolano, la situación actual de los paraísos fiscales, con especial énfasis en las nuevas tendencias de intercambio de información tributaria a nivel global, la legislación doméstica y el delito de legitimación de capitales.

## II.- Contenido

### 1.- Intercambio de información fiscal y jurisdicciones offshore

#### 1.1.- Situación actual

Podemos decir que el punto de inflexión que desencadenó toda una «revolución fiscal»<sup>3</sup> y que ha conllevado a una reestructuración de todo

2 Vid. ABACHE CARVAJAL, Serviliano y ATENCIO VALLADARES, Gilberto: «Tema II: Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Informe de la Relatoría General», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Los nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, t. III, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pg. 93.

3 Tomamos como referencia la terminología que utilizaron los profesores Jacques Malherbe, Carol Trello y María Amparo Grau, para aludir a la «revolución» fiscal del 2014, con relación a FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*); BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) y OVP (*Offshore Voluntary Disclosure Program*). Vid. MALHERBE, Jacques, TRELLO, Carol y GRAU RUIZ, María Amparo: *La revolución fiscal del 2014. FATCA, BEPS, OVP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Legis, Bogotá, 2015.



el panorama global ha sido la crisis económica financiera internacional.

En esta reestructuración, también se ha prestado especial énfasis en la evasión tributaria internacional y en la utilización de las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales, con finalidades delictivas.

Por ello, la agenda de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se centró en dos puntos claves. Por un lado, eliminar la evasión fiscal y, por otro, lograr el intercambio y la transparencia e intercambio de información.

Por este motivo, uno de los principales retos de la fiscalidad internacional en la actualidad es lograr erradicar la evasión y elusión fiscal internacional, por medio del intercambio de información tributaria a nivel global, entre otras herramientas que se han diseñado, especialmente, por parte de la OCDE. Tal como lo ha mencionado la doctrina, el «tema de los “paraísos fiscales” siempre ha sido objeto de discusión a nivel de la Administración tributaria de todos los países, de los especialistas y de instituciones internacionales involucradas en las políticas tributarias (creación o modificación de los impuestos y su inserción en la actividad financiero del Estado) y de administración tributaria (mejoramiento de la recaudación, es decir, articulación de políticas de reducción de los márgenes de evasión fiscal)»<sup>4</sup>.

El ordenamiento jurídico venezolano —aunque con menor intensidad— no se escapa de esta situación. Sin embargo, denotamos un retraso importante en todo lo relacionado con el intercambio de información tributaria y los nuevos desafíos a nivel de la fiscalidad internacional, quedando este ordenamiento en un oscurantismo fiscal global.

Otro punto que nos parece interesante indicar en estas breves notas es la especie de «paranoia mundial» que existe en relación a las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales. Durante el año 2016 especialmente, ha existido una especie de reproche social mundial, a raíz de la divulgación de los datos de los contribuyentes en el escándalo de los mal llamados «*Panama papers*».

4 Vid. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo: «La política de Administración Tributaria en la globalización», *Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014, pg. 209.

## 1.2.- Paraísos fiscales: Enfoque desde el Derecho venezolano

Los paraísos fiscales han existido, existen y probablemente seguirán existiendo, a pesar del intento de lograr un intercambio de información tributaria a nivel global.

Tal como lo ha mencionado la doctrina venezolana<sup>5</sup>, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto sobre la Renta en Venezuela<sup>6</sup>, en su artículo 194, define a las jurisdicciones de baja imposición de la siguiente forma:

«Para efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se consideran jurisdicciones de baja imposición fiscal, aquellas que sean calificadas como tales por las Administración Tributaria, mediante Providencia Administrativa».

En este sentido, en la Providencia Administrativa (instrumento normativo de rango sub-legal) SNAT 2004/0232, se establece un listado o *black list* de países que son considerados como paraísos fiscales o jurisdicciones *offshore*. De esta forma, según el artículo 1 de esta Providencia:

«Se califican como jurisdicciones de baja imposición fiscal, aquellas donde la tributación que grave a la totalidad de la renta, la totalidad del patrimonio, o cualquier parte de los mismos, sea nula o hasta alícuota igual o inferior al 20%, por ese concepto.

*Para tales efectos será considerada la legislación del referido país o territorio aplicable a las personas naturales o a las personas jurídicas, según la naturaleza de la entidad creada o constituida de acuerdo al derecho extranjero ubicada en dicha dirección, con o mediante la cual haya sido realizada la operación».*

Posteriormente, en el artículo 2 se incluye un listado cerrado de jurisdicciones de baja imposición fiscal. Así, se incluyen las siguientes jurisdicciones: Anguila, Antigua y Barbuda, Archipiélago de Svalbard, Aruba, Ascensión, Belice, Bermudas, Brunei, Campione D'Italia, Commonwealth de Dominica, Commonwealth de las Bahamas, Emiratos Árabes

5 Vid. ABACHE CARVAJAL, Serviliano: «Venezuela y las medidas BEPS», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Ciudad de México, 2015, pg. 355.

6 Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.210, de fecha 30 de diciembre de 2015.

Unidos, Estado de Bahrain, Estado de Kuwait, Estado de Qatar, Estado Independiente de Samoa Occidental, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Gibraltar, Gran Ducado de Luxemburgo, Granada, Groenlandia, Guam, Hong Kong, Islas Caimán, Islas de Christmas, Isla Norfolk, Isla de San Pedro y Miguelón, Isla del Hombre, Isla Queshm, Isla Cook, Islas de Cocos y Kelling, Islas del Canal (Islas de Guernesey, Jersey, Aldemey, Great Sart, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou y Lihou), Islas Malvinas, Islas Pacífico, Islas Salomón, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Kiribati, Labuán, Macao, Malta, Montserrat, Niue, Palau, Pitcairn, Polinesia Francesa, Principado de Andorra, Principado de Liechtenstein, Principado de Mónaco, Reinado de Swazilandia, Reino Hachemita de Jordania, República Dominicana, República Gabonesa, República Libanesa, República de Albania, República de Angola, República de Cabo Verde, República de Chipre, República de Djibouti, República de Guayana, República de Honduras, República de Liberia, República de Mauricio, República de Nauru, República de Panamá, República de Seychelles, República de Túnez, República de Vanuatu, República de Yemen, República Oriental del Uruguay, República Socialista Democrática de Sri Lanka, Samoa Americana, San Vicente y las Granadinas, Santa Elena, Serenísima República de San Marino, Sultanato de Omán, Tokelau, Tristán de Cunha, Tuvalu, Zona Especial Canaria y Zona Libre Ostrava.

En este mismo orden de ideas, en el artículo 3 de esta Providencia, se establece que los países o jurisdicciones con los cuales se haya suscrito un convenio para evitar la doble tributación y se encuentren vigentes según las normas jurídicas internas de Venezuela, no serán consideradas como jurisdicciones de baja imposición fiscal. Sin embargo, según el artículo 4 de esta Providencia, aquellos países o territorios que no proporcionen información que le sea solicitada con base en la cláusula de intercambio de información del respectivo convenio, serán considerados jurisdicciones de baja imposición fiscal, a los fines de la Ley de Impuesto sobre la Renta venezolana.

Por otro lado, se establece en el artículo 103.7 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Código Orgánico Tributario venezolano<sup>7</sup>, que la falta de presentación de la declaración de inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal, con clausura de establecimientos de diez días continuos y multa de dos mil unidades tributarias<sup>8</sup>. En el caso que se presente con retardo esta declaración informativa, la sanción será mil unidades tributarias (1.000 U.T.).

### **2.1.- Legislación en materia de legitimación de capitales**

Tal como se ha comentado, una de las principales finalidades por las cuales se utilizan los paraísos fiscales –aunque no siempre es así–, es precisamente para legitimar capitales, evadir impuestos o bien, financiar actividades ilícitas y vinculadas al terrorismo. Por ello, observamos una vinculación clara entre estas jurisdicciones y el delito de legitimación de capitales, para lo cual indicamos algunas disposiciones en el ordenamiento jurídico venezolano, que pueden resultar de interés en esta materia.

En el caso del ordenamiento jurídico venezolano, a nivel constitucional se consagra en el artículo 116 lo siguiente:

«No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes».

Ahora bien, en el caso venezolano, existe una ley especial relacionada a la prevención de la legitimación de capitales. Así, la Ley Orgánica contra la

7 Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 6.152, de fecha 18 de noviembre de 2014.

8 La Unidad Tributaria es un valor de unidad aritmética que se actualiza anualmente para intentar actualizar el pago de tributos y sanciones con la economía inflacionaria típica venezolana.

Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo<sup>9</sup>, tiene por objeto prevenir, investigar, perseguir, tipificar y sancionar los delitos relacionados con la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo.

De esta manera, se establece en el artículo 9 de esta ley, los sujetos obligados en los términos siguientes:

*«Se consideran sujetos obligados de conformidad con esta Ley, los siguientes:*

1. *Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector bancario.*
2. *Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector asegurador.*
3. *Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector valores.*
4. *Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige al sector de bingos y casinos.*
5. *Los hoteles, empresas y centros de turismo autorizados a realizar operaciones de cambios de divisas.*
6. *Las fundaciones, asociaciones civiles y demás organizaciones sin fines de lucro.*
7. *Las organizaciones con fines políticos, los grupos de electores, agrupaciones de ciudadanos y ciudadanas y de las personas que se postulan por iniciativa propia para cargos de elección popular.*
8. *Oficinas Subalternas de Registros Públicos y Notarías Públicas.*
9. *Los Abogados, administradores, economistas, y contadores en el libre ejercicio de la profesión, cuando éstos lleven a cabo, transacciones para un cliente con respecto a las siguientes actividades:*

---

9 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.212, de fecha 30 de abril de 2012.

- a. *compraventa de bienes inmuebles;*
  - b. *administración del dinero, valores y otros activos del cliente;*
  - c. *administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores;*
  - d. *organización de aportes para la creación, operación o administración de compañías;*
  - e. *creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales.*
10. *Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad económica sea:*
- a. *Compra venta de bienes raíces.*
  - b. *Construcción de edificaciones (centros comerciales, viviendas, oficinas, entre otros).*
  - c. *Comercio de metales y piedras preciosas.*
  - d. *Comercio de objetos de arte o arqueología.*
  - e. *Marina mercante.*
  - f. *Servicios de arrendamiento y custodia de cajas de seguridad, transporte de valores y de transferencia o envío de fondos.*
  - g. *Servicio de asesoramiento en materia de inversiones, colocaciones y otros negocios financieros a clientes, cualesquiera sea su residencia o nacionalidad.*
  - h. *Las empresas de compraventa de naves, aeronaves y vehículos automotores terrestres.*
  - i. *Los establecimientos destinados a la compraventa de repuestos y vehículos usados».*

Nos parece importante alertar sobre esta disposición, la obligación que tienen los abogados, administradores, economistas y contadores en el libre ejercicio de la profesión, cuando realicen actividades relacionadas con la compraventa de bienes inmuebles, administración del dinero, valores y otros activos del cliente; administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores; organización de aportes para la creación, operación o administración de compañías; creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales. En estos supuestos, los profesionales mencionados deberán cumplir con todas las obligaciones en materia de prevención de legitimación de capitales señaladas en la ley comentada.

### **3.- Divulgación de datos en paraísos fiscales y consecuencias para los contribuyentes**

Hemos sido testigos de cómo durante el año 2016, se ha originado una verdadera revolución fiscal en materia de paraísos fiscales.

Como bien se sabe, los mal denominados «*Panama papers*» han generado un escándalo y repercusiones mediáticas. Se trata de una divulgación indebida de datos personales de los contribuyentes, sin ningún tipo de autorización por parte de éstos y vulnerando derechos y garantías de los contribuyentes.

En este sentido, sin fijar una posición de defensa o ataque hacia el listado de contribuyentes que aparecen en estas famosas y polémicas listas de los mal denominados «*Panama papers*», podemos decir desde el punto de vista objetivo y técnico, que existe una clara violación a los derechos y garantías de los contribuyentes. Las consecuencias a nivel mediático, sin que haya un pronunciamiento a nivel oficial, han sido devastadoras. No es posible que por medio de una divulgación de datos, en donde han hecho eco los medios de comunicación, ya exista un reproche social hacia esos contribuyentes, sin que exista la posibilidad de alegar defensa alguna.

En este polémico caso, los «grandes olvidados» han sido precisamente los derechos y garantías de los contribuyentes que aparecen en estos listados. Ya el tema es polémico a nivel del intercambio de información

tributaria entre las Administraciones Tributarias e instituciones desde el punto de vista formal. Por ello, la doctrina<sup>10</sup> ha planteado que «cuando hay intercambio de información, hay una doble quiebra del derecho de la intimidad del contribuyente afectado. Primero, se vulnera la intimidad cuando se obtiene la información, una vulneración aceptada por el ordenamiento en función de una ponderación de intereses. Y hay una segunda, cuando se cede la información a otro país que va a hacer un uso de la misma, y sería bueno poder controlar la dimensión de ese uso». Sin embargo, en el supuesto de los mal denominados «*Panama papers*», la vulneración ha sido grotesca, porque se ha extraído la información de una base de datos de forma ilegal y se ha hecho pública a nivel internacional en listados de reproche a nivel social. Este tipo de actuaciones no pueden ocurrir en pleno siglo XXI, cuando hay una consolidación a nivel internacional, de los derechos fundamentales de los contribuyentes.

Bajo la óptica del Derecho venezolano, podemos decir que en el artículo 49 de la Constitución, se consagra el debido proceso. De esta manera, se estipula claramente en esta disposición lo siguiente:

*«El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:*

- 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.*
- 2. Toda persona se presume inocente mientras no se prueba lo contrario.*
- 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente,*

---

10 Vid. GARCÍA NOVOA, César: *Hacia un derecho tributario global*, Vergara & Asociados, Plural editores, 2016, pg. 155.



*por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.*

4. *Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.*

5. *Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.*

*La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*

6. *Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.*

7. *Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.*

8. *Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, juez o jueza y del Estado, y de actuar contra éstos o éstas».*

De igual forma, en el artículo 28 de la Constitución venezolana, se establece el derecho a la protección de los datos personales. Así, se indica lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho a acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la

ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley».

Con lo cual, si bien no es nuestro interés defender a ultranza la utilización de este tipo de jurisdicciones, ni entrar en debates en otro contexto, no podemos dejar de mencionar la clara vulneración a los derechos fundamentales de los contribuyentes con la divulgación de datos personales, sin el consentimiento de éstos, especialmente, del derecho al debido proceso, derecho a la defensa, prueba y la protección de los datos personales.

### III.- Conclusiones

- (i) Las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales se encuentran en pleno auge en la comunidad internacional y la agenda actual a nivel global se centra en la eliminación de estas jurisdicciones.
- (ii) Las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales constituyen jurisdicciones que no intercambian información tributaria y, en muchas ocasiones –aunque no todas-, se utilizan con la finalidad de evadir tributos y legitimar capitales.
- (iii) En el ordenamiento jurídico venezolano, existe una lista negra o *black list* de jurisdicciones que son consideradas de baja imposición fiscal.
- (iv) En el Derecho venezolano, existe una regulación específica en materia de prevención del delito de legitimación de capitales, contemplada en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo. Existe una clara vinculación entre las jurisdicciones *offshore* y la legitimación de capitales.

- (v) La utilización de las jurisdicciones *offshore* no es *per se* una práctica ilegal. Es importante revisar la parte material del instrumento utilizado en la jurisdicción *offshore* para determinar su grado de reprochabilidad o no.
- (vi) La divulgación masiva de datos de los contribuyentes, sin el consentimiento de éstos y con el reproche de los medios de comunicación social, constituyen una vulneración a los derechos fundamentales de los contribuyentes, especialmente, al derecho al debido proceso, derecho a la defensa, prueba y protección de los datos personales.

#### IV.- Bibliografía

- ABACHE CARVAJAL, Serviliano: «Venezuela y las medidas BEPS», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Ciudad de México, 2015.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano y ATENCIO VALLADARES, Gilberto: «Tema II: Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Informe de la Relatoría General», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Los nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, t. III, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.
- GARCÍA NOVOA, César: *Hacia un derecho tributario global*, Vergara & Asociados, Plural editores, 2016.
- MALHERBE, Jacques, TRELLO, Carol y GRAU RUIZ, María Amparo: *La revolución fiscal del 2014. FATCA, BEPS, OVDP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Legis, Bogotá, 2015.
- PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo: «La política de Administración Tributaria en la globalización», *Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014.



---

## “EL RETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA POSTMODERNIDAD”

---

ANTONIO SORELA CASTILLO<sup>1</sup>

*Universidad Iberoamericana, México*

### SUMARIO

Introducción. 1. Conceptos Basicos. 2. Retos por superar de los Derechos Humanos. 2.1 De los derechos humanos y sus garantías para su protección. 2.2 Sujeto de derechos. 2.3 Reconocimiento de derechos. 2.4 Interpretación conforme. 2.5 Principio pro homine. 2.6 Los Estados deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. 2.7 Principios de los Derechos Humanos. 2.8 Obligaciones de los Estados. 2.9 No discriminación por “preferencias sexuales”. 2.10 Fomentar el respeto a los Derechos Humanos. 2.11 Derecho de refugio. 2.12 Respeto a la previa audiencia de los extranjeros. 2.13 Los Derecho Humanos como política exterior. Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad Iberoamericana; miembro de Amnistía Internacional; Director de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobierno del Estado de Morelos, México.

## **Introducción**

El derecho ha sufrido cambios importantes, debido a diversas reformas en disposiciones constitucionales de varios países, derivadas de la exigencia paradigmática de tribunales internacionales vigilantes del respeto intrínseco de los Derechos Humanos, así también por este gran cambio de época de la modernidad a la hoy conocida como Postmodernidad, en donde la sociedad cansada de falsas expectativas pide un gran cambio eficaz, esta época para algunos pensadores la consideran como una encrucijada histórica de cambio, agotadas por falta de cumplimiento a las promesas de la modernidad, por ejemplo en el caso de México el 10 de junio de 2011 se publica una reforma de vital importancia, resultado de juicios sobresalientes como es el caso Rosendo Radilla vs el Estado mexicano, donde la Corte Interamericana obliga a México a respetar, promover, proteger y garantizar los Derechos humanos, por lo que la reforma antes mencionada trae consigo garantías jurídicas, como lo es el caso de **Interpretación conforme, Principio pro homine, Principios de los derechos humanos (interdependencia, indivisibilidad, universalidad y progresividad) y Control difuso de convencionalidad** mecanismos protectores de Derechos Humanos que considero deben incluirse en todos los países; por lo que resulta importante para el suscrito verificar que la vigencia de los Derechos humanos en todo el mundo no solo se encuentre reconocidos en la Constitución u otros instrumentos jurídicos, ni tampoco por el hecho de existan tribunales bien organizados y procesos ajustados a los estándares internacionales en donde se puedan hacer exigibles esos derechos, lo verdaderamente importante es lograr la plena vigencia que se requiere, entre otras cosas, superar el creciente problema relativo a la ignorancia y corrupción de las personas inmersas en el que hacer jurídico como lo son los abogados postulantes, servidores públicos, catedráticos, investigadores y estudiantes del derecho, ya que no cuentan con los mecanismos adecuados que les faciliten el acceso a esos sistemas, ello con el objetivo que logren estos operadores jurídicos y en especial los encargados de procurar y administrar justicia en todos los ámbitos, que conozcan el texto, el sentido, el alcance y los fines de todas las normas que incorporan y reconocen derechos humanos, y que aun cuando parezcan ajenas al orden jurídico nacional, los ins-

trumentos internacionales nutren e integran el sistema jurídico en torno a los Derechos humanos con lo cual superaremos el gran reto que tenemos en la época que vivimos “postmodernidad”.

## 1.- Conceptos Basicos.

### 1.1.- Concepto de Derechos Humanos.

Considero importante dejar analizar el concepto de Derechos Humanos, en virtud de ser el concepto central de este tema, luego entonces me atrevo a citar a Mireille Roccatti quien opina que los Derechos Humanos son “aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismos que deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizados por el orden jurídico positivo.”<sup>2</sup>

Este autor sin duda hace referencia a lo establecido en el Preámbulo de la Convención Americana de los Derechos Humanos, es decir, precisa que “Reconociendo que los **derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana**, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos.”<sup>3</sup>

Otro autor importante que no podía dejar de invocar es Luigi Ferrajoli, quien sobre este tema nos dice que Derechos humanos son “Derechos que están adscritos a todos en cuanto a personas, o en cuanto a ciudadanos o personas con capacidad de obrar y que son por tanto indisponibles e inalienables.”<sup>4</sup>

2 Roccatti Mireille, *Los derechos humanos y la experiencia del ombudsman en México*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996, p. 19.

3 Preámbulo de la Convención Americana de los Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de mayo de 1981.

4 Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías* (trad. Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), México, CNDH, 2007, p.8.

Por otra parte considero importante hacer alusión a lo sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, referente al criterio que “los derechos humanos, constituyen los límites a los que debe sujetarse el ejercicio del poder del Estado, en aras de lograr un desarrollo social armónico”.<sup>5</sup> al igual el máximo tribunal determina que “en su definición más básica pretensiones jurídicas destinadas a establecer los límites que los representantes de los ciudadanos no pueden traspasar en el desarrollo de sus responsabilidades normativas”<sup>6</sup> y por último con la tesis que determina que los Derechos humanos son el “conjunto de facultades, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.”<sup>7</sup>

Tal como se advierte, diversos doctrinarios han emitido su opinión respecto a lo que debe entenderse por Derechos Humanos, sin embargo el suscrito en torno al multicitado concepto, me atrevo a proponer una definición de Derechos Humanos diciendo que son “Prerrogativas mínimas que debe gozar toda persona y que el Estado tiene la obligación de promover, proteger, respetar y garantizar en todo tiempo y lugar“ de lo anterior se observa que dicha definición muestra ciertos atributos de referente a los Derechos Humanos, es decir, **prerrogativas, derechos mínimos, las obligación del Estado y el sujeto (toda persona)** este último atributo es el que considero más importante para desarrollar por la polémica que puede desatar sin que se minimize a los otros atributos, en virtud que a diferencia de otros doctrinarios yo no utilizó el termino ser humano, con temor a cometer una imprudencia doctrinal, sin embargo, lo hago porque reflexiono que también las personas jurídicas privadas pueden gozar de estas prerrogativas, luego entonces el termino toda persona que igualmente

5 Solicitud de modificación de jurisprudencia 14/2009-PL, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Octubre de 2011, t.1, p. 211. Reg. IUS. 23181

6 Tesis P.XII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 23. Reg. IUS. 161368.

7 Tesis I.15°.A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 2341. Reg. IUS. 177020.



es manejado en el primer párrafo del artículo primero constitucional, lo cual abre la ventana para que también se incluyan como sujetos dignos de Derechos Humanos a las personas jurídicas privadas, así también, con esta definición se plasma que dichos derechos no pueden ser divisibles, sustituidos, parciales o regresivos, en virtud que el estado debe tutelar para que el goce de tales prerrogativas sea de manera eficaz.

## 1.2 Concepto de Postmodernidad.

Para hablar sobre este concepto es conveniente invocar a Jean François Lyotard<sup>8</sup> quien nos da una noción más amplia, en virtud que concibe la Postmodernidad o Posmodernidad como la incredulidad ante los metarrelatos de la humanidad. Por metarrelatos entiende *“aquellas filosofías que pretenden abarcar la totalidad de la historia”*. Identifica 4 grandes metarrelatos: el cristiano, el iluminista, el marxista y el capitalista. Para Lyotard ninguno de estos metarrelatos son capaces de conducir a la liberación del ser humano. Todo lo contrario, identifica en ellos un transfondo totalitario. Han perdido su valor absoluto y carecen de sentido. En su lugar, surge multitud de pequeños relatos fragmentados que substituyen a esos metarrelatos.

## 2. Retos por superar de los Derechos Humanos

**2.1 De los derechos humanos y sus garantías.**- El primer cambio que debemos adoptar es la denominación que algunos Estados utilizan en sus Constituciones, me refiere específicamente a **“las Garantías individuales”** lo correcto sin duda es **“Derechos humanos y sus Garantías”** tal como paso en la múltiple reforma de México, diferenciando los conceptos “derechos y garantías”, algunos doctrinarios indican que no se modifica nada, que es solo un cambio de nombre sin consecuencias importantes, sin embargo, en opinión del suscrito es sin duda un cambio importante e invocando a Miguel Carbonell quien dice “no conozco ninguna constitución en el mundo donde a los derechos se les llama garantías” y coincido con él,

8 Jean-François Lyotard. La condición postmoderna. Informe sobre el saber. Madrid, Cátedra, 1987.

porque no es lo mismo derechos que garantías, error sería llamar garantías a los derechos, las garantías son los instrumentos de tutela de los derechos, un ejemplo claro es el derecho de Petición y la garantía para tutelar y proteger ese derecho es el juicio de Amparo.

**2.2 Sujeto de Derechos.-** No podemos olvidar a los sujetos de los Derechos Humanos, en virtud que no debemos reservar tales derechos a los individuos, es decir, hoy en día los sujetos de derechos son “personas” con lo cual se abre una ventana de posibilidades, da la oportunidad de que las personas jurídicas de derecho privado se incluyan y sean titulares de Derechos Humanos, un ejemplo de ello es la protección de inviolabilidad de su domicilio tutelado en el artículo 16 de la Constitución mexicana, precisando que no en todos los casos las personas jurídicas van a ejercer los Derechos, por ejemplo no podrá ir a ejercer el derecho de sufragio efectivo; sin embargo considero que una persona jurídica pública no puede gozar de Derechos Humanos, en virtud que estas instituciones lo único que tienen son competencias y facultades.

**2.3 Reconocimiento de Derechos.-** Así también, los Estados deben sustituir en todos sus instrumentos jurídicos en donde se plasme que el número de Derechos Humanos se limita a los otorgados por la norma fundamental de su país, es decir, hoy en día debe haber un pronunciamiento en donde se reconozcan Derechos Humanos en otros instrumentos en su caso los de corte internacional siendo o no parte el país, con lo cual se resuelven o iniciamos nuevas discusiones de pensamientos ius positivistas y ius naturalistas, pues los primeros dicen que el derecho no existe si no existe la norma, criterio que está plasmado antes de la reforma pues las garantías tenían que ser otorgadas, es decir, no existen derechos fuera de la norma; pero con este paradigma siguiendo las tesis ius naturalistas basta que los Derechos humanos sean reconocidos por la constitución o por algún instrumento internacional, abriendo la puerta para que se afirme que pueden haber derechos que no están expresamente reconocidos por la norma, pero

que existe la posibilidad que estos derechos llamados “*implícitos*” los cuales se deprendan de alguna de estas normas por vía hermenéutica se consideren como Derechos humanos, en este punto concluyo que existe un catálogo abierto para la protección de los derechos de las personas, invocando desde luego al artículo 29 del pacto de San José, precepto que hace referencia al principio de la dignidad humana; sobre este punto considero acertado mencionar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México reconoce que hay un derecho humano al libre desarrollo de la personalidad humana, criterio que nace por un juicio de amparo que es atraído por la primera sala de la Corte, en donde el quejoso es un varón que se es discriminado porque hace su vida como mujer, por lo que solicita el cambio de nombre ante el registro civil y es negada dicha solicitud, resolviendo el máximo tribunal, concediendo desde luego el amparo al quejoso basado en el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad humana.

**2.4 Interpretación Conforme.**- Ahora bien, las normas relativas a Derechos humanos se deben interpretar de conformidad con toda normatividad constitucional en sede interna e instrumentos internacionales favoreciendo de la manera mas amplia y en todo momento a las personas, es decir, este principio es parte de las posmodernidad que parte del reconocimiento de la supremacía de las normas constitucionales y de aquellas previstas en tratados internacionales que versen sobre Derechos Humanos, normas que integran el llamado bloque de constitucionalidad a la luz del cual debe interpretarse el resto de las normas del ordenamiento jurídico de los países que se tildan de democreaticos y protectores de Derechos Humanos.

Luego entonces, en el supuesto de que existan distintas interpretaciones jurídicamente posibles para una norma, e invocando a este principio, se tendrá que optar por aquella que haga compatible con la Constitución y con normas de tratados internacionales protectores de Derechos Humanos.

En mi opinión, concluyo que respecto del principio de Interpretación conforme, se debe realizar una técnica hermenéutica que tiene por objeto

la armonización de las normas de Derechos Humanos, pues busca que las previstas en la Constitución, en los tratados internacionales y en cualquier otro ordenamiento tengan un mismo sentido y finalidad, favoreciendo en todo momento a la persona.

**2.5 Principio Pro Homine.** - En relación con el tema antes visto, se precisó que la interpretación de las normas relativas a Derechos Humanos debe hacerse siempre “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Luego entonces se desprende que se incorpora otra figura de corte internacional, es decir, el principio pro persona o pro homine, principio que tiene como criterio rector el de mayor beneficio o protección para la persona, tal como se puede observar en el criterio jurisprudencial que a continuación se reproduce:

**“ACTOS DE TORTURA. CUANDO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES, CON MOTIVO DE SUS FUNCIONES, TENGAN CONOCIMIENTO DE LA MANIFESTACIÓN DE UNA PERSONA QUE AFIRME HABERLOS SUFRIDO, OFICIOSAMENTE DEBERÁN DAR VISTA CON TAL AFIRMACIÓN A LA AUTORIDAD MINISTERIAL QUE DEBA INVESTIGAR ESE PROBABLE ILÍCITO.”<sup>9</sup>**

Derivado de lo anterior el máximo tribunal mexicano considero que el principio hermenéutico pro homine, es una herramienta importante en la protección de los derechos humanos y que debe elegirse la interpretación más favorable para las personas.

Luego entonces, podemos inferir que son dos vertientes sobre el principio pro persona.

**I.- Preferencia interpretativa.** El principio pro persona obliga a efectuar la interpretación más favorable, de tal modo que si una norma admite

<sup>9</sup> Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) J/1 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, t. 2, p. 1107, Reg. IUS. 2001218.

múltiples interpretaciones, debe preferirse a la que garantice de mejor manera y confiera una interpretación más amplia a la persona. De la suerte que el principio pro persona, obliga a interpretar las normas en forma extensiva y no rigorista, de acuerdo al criterio emitido por la primera sala del máximo tribunal mexicano y que se reproduce en seguida:

Luego, como lo establece Carbonell, “el intérprete ha de preferir, de las interpretaciones validas que están disponibles para resolver un caso concreto, la que más optimice un derecho fundamental”, debiendo entenderse que “una interpretación ‘optimiza’ más un derecho fundamental cuando amplía el ámbito de los sujetos protegidos por el derecho o cuando amplía el perímetro material protegido por el derecho.”<sup>10</sup> Así también es importante invocar a Caballero Ochoa quien afirma que se debe “preferir las interpretaciones más expansivas, desechar las inconventionales o la menor efectiva en la protección de los derechos humanos.”<sup>11</sup>

**II.- Preferencia Normativa.** Esta vertiente opera, cuando ante la posibilidad de aplicar dos o más normas a un caso concreto, se debe elegir la que sea más favorable a la persona; teniendo las autoridades la obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos ante la existencia de dos normas que regulan o restringen de manera diversa, a efecto de elegir cual será la aplicable al caso concreto, tal como ha sido se observa en el siguiente criterio jurisprudencial que se transcribe a continuación:

**“PRINCIPIO PRO PERSONA. NO ES FUNDAMENTO PARA OMITIR EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS LEGALES EN EL JUICIO DE AMPARO.”<sup>12</sup>**

<sup>10</sup> Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos”, El mundo del abogado, México, año 14, núm. 147, julio 2011, p. 31.

<sup>11</sup> Caballero Ochoa, José Luis, La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014, México, p. 120.

<sup>12</sup> Tesis 1a. CCLLXXVI/2012 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, Diciembre de 2012, t. 1, p. 530, Reg. IUS. 2002359.

Principio que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos ante la existencia de dos normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa, a efecto de elegir cuál será la aplicable al caso concreto, lo que, por un lado, permite definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues la existencia de varias posibles soluciones a un mismo problema, obliga a optar por aquella que protege en términos más amplios, lo que implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho de la manera más extensiva y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo, si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. En consecuencia, la utilización de este principio, en sí mismo, no puede ser invocado como fundamento para ignorar el cumplimiento de los requisitos de procedencia en el juicio de amparo.

Considero importante para el tema que se analiza, hacer notar el contenido del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra dice:

“Artículo 29. Normas de interpretación.

d) excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”<sup>13</sup>

Artículo que ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la opinión consultiva OC-5/85, en cuyo párrafo 52, se determina lo siguiente:

“52.- La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

---

13 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocida de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en la que sea parte alguno de los Estados.

En consecuencia si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.<sup>149</sup>

**2.6 Los Estados deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.** - Un aspecto de vital importancia y tal parece que olvidado para muchos países, es la obligación que tienen de promover, proteger, respetar y garantizar los Derechos Humanos. Sobre este tema Miguel Carbonell opina que “queda claro que todo derecho humano ‘reconocido’ por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas.”<sup>15</sup>

Así las cosas en el párrafo tercero, del artículo 1º de la Constitución mexicana dice: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”<sup>16</sup>

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985. Serie A No. 5.

15 Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos”, op. Cit., p. 31.

16 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 1º, párrafo tercero.

En relación con lo anterior a continuación se analizara brevemente las obligaciones que estado tiene derivadas del precepto en estudio.

**Promover los derechos humanos.** - El estado tiene que adoptar estrategias para inducir al respeto y observancia de tales derechos, crear planes de información para que todas las personas conozcan cuáles son sus derechos, así también para que todos los agentes estatales estén conscientes de las obligaciones que los Derechos Humanos les genera.

**Proteger los derechos humanos.**-El Estado tiene la obligación de impedir abusos a los derechos de las personas, en consecuencia crear medidas para garantizar que terceras personas no interfieran con su disfrute.

**Respetar los derechos humanos.**- Implica que el estado debe abstenerse de interferir en el disfrute de dichos derechos, es decir no violar o limitar los derechos inherentes a la persona.

**Garantizar los derechos humanos.**- Esta obligación implica que el estado debe asegurar que la persona disfrute en todo tiempo y lugar dichos derechos, adoptando para ello las medidas necesarias para impedir que existan dificultades u obstáculos para que toda persona goce de los derechos humanos.

**2.7 Principios de los Derechos Humanos.**- por otra parte, no podemos hablar de Derechos Humanos sin mencionar los principios que los rigen y que sirven de base para que el Estado cumpla con las obligaciones que tiene en torno a tales derechos fundamentales; me refiero a los principios de Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los cuales opino que debemos entenderlos de la siguiente manera:

**Universalidad.** - Los Derechos Humanos al ser inherentes a la persona, implica que son debidos por su propia naturaleza. Se trata de derechos que tienen su origen en la dignidad de la persona.



La universalidad de los derechos humanos implica, que todos las personas gozan de ellos, sin importar su sexo, edad, raza, lugar de residencia, nacionalidad, religión, situación económica o cualquier otra condición, no pudiendo estar restringidos a una clase determinada de personas, siendo obligación del estado como ya se ha mencionado el respetarlos y garantizarlos.

Finalmente sobre este principio Vázquez y Serrano opinan que “desde un punto de vista práctico, debe permitir la aplicación de los titulares de los derechos y de las circunstancias protegidas por esos derechos”.<sup>17</sup>

**Interdependencia.-** Los derechos humanos son elementos de un todo que no deben verse en forma aislada, tomando como base que dichos derechos se encuentran relacionados o conectado entre sí, y que en consecuencia, la satisfacción o la afectación a alguno de ellos tiene efecto en el goce y eficacia de otros.

Ahora bien y tal como lo señala Vázquez y Serrano, “la interdependencia comprende al menos, un par de relaciones donde: a) un derecho depende de otros(s) derecho(s) para existir; y b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependiente (sic) para su realización. En este sentido el respeto de la garantía, protección y promoción de unos de los derechos impactarán en el otro(s) y/o viceversa.”<sup>18</sup>

17 Cfr. Vázquez, Luis Daniel y Serrano Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), op. cit, p. 147, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Panorama y breves comentarios al sentido y alcance de la inminente reforma constitucional en materia de derechos humanos en México de 2011”, op. cit, pp. 167-168, Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, Derechos humanos, México, Oxford University Press, 2011, colección *textos jurídicos universitarios*, pp. 57-73; Santos Azuela, Héctor, op. cit, pp. 125-131, tesis VII.2o.C.30 C (10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t.2, p. 1306, Reg. IUS: 2002270; tesis IV.2o.A.13 K (10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, septiembre de 2012, t.3, p. 2072, Reg. IUS: 2001787; tesis I.4o.A.811 (9a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2011, t.2, p. 1807, Reg. IUS: 160000; tesis XXX.1o.1. A(10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, t.2, p. 2016, Reg. IUS: 2001535; tesis 1°.XVIII/2012 (9a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, t.1, p. 257, Reg. IUS: 160073.

18 Cfr. Vázquez, Luis Daniel y Serrano Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), op. cit, p. 153.

**Indivisibilidad.**- Los Derechos Humanos forman un conjunto inseparable, es decir, constituyen elementos de un todo que no admite separación. Importante es que los Estados comprendan que no pueden reconocer ciertos derechos y desconocer otros, ya que como lo he mencionado, son derechos que no admiten separación, ya que forman una unidad esencial, cuyo goce no puede ser parcial.

Este principio al igual que el de interdependencia, según lo han manifestado los tribunales de la Federación, se desprende que los Derechos Humanos se interrelacionan y dependen recíprocamente unos de otros y tiene como origen la dignidad humana, por lo cual no es procedente relegar algunos para conceder prioridad a otros ni puede existir jerarquía entre ellos, lo que significa que todos los Derechos Humanos deben ser objeto de protección sin distinción alguna, tal como se puede observar en el criterio jurisprudencial que a continuación se produce: Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2

**“SUPLENCIA DE LA QUEJA EN EL JUICIO DE AMPARO. PROCEDE CUANDO EL JUZGADOR ADVIERTA LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.”<sup>19</sup>**

Criterio que parte de la premisa que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos establecidos en aquella interpretando las normas relativas a esos derechos de conformidad con dichos ordenamientos (principio de interpretación conforme) favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia (principio pro homine). Lo anterior, entre otros, de conformidad con los **principios de interdependencia e indivisibilidad**, de los cuales se desprende que los derechos humanos se interrelacionan y dependen recíprocamente unos de otros y tienen como origen común la dignidad humana, por lo cual no es procedente relegar algunos para conceder prioridad a otros ni puede existir jerarquía entre

19 Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 2 K (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, t. 2, p. 1999, Reg. IUS: 2001511.

ellos, lo que significa que todos los derechos humanos deben ser objeto de protección sin distinción alguna.

**Progresividad.-** Considero importante que dé inicio se analice el término “progresivo”, y para ser más objetivos recurrimos al Diccionario de la Lengua Española, quien define “que avanza, favorece al avance o lo procura” o “que progresa o aumenta en cantidad o perfección”,<sup>20</sup> de lo anterior se puede edificar un concepto en materia de Derechos Humanos.

Este principio presupone que una vez que el estado hayan reconocido y protegido cuestiones relativas a Derechos Humanos, tiene que buscar las medidas necesarias para el avance y el mejoramiento, pero jamás a la regresividad, en otras palabras, que una vez que se haya alcanzado un determinado estándar no se admitan medidas en retroceso.

Obligatorio es invocar las aserciones de Vázquez y Serrano, en virtud que sostiene que “la progresividad implica tanto la gradualidad como progreso, la gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes”<sup>21</sup>

Sobre este aspecto, es decir, los principios de los Derechos Humanos, existe una tesis aislada que hace alusión a ellos, y que a continuación se transcribe:

Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3

### **“PRINCIPIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, IN-**

20 Real Academia Española, “progresivo”, Diccionario de la Lengua Española, p. 1842.

21 Cfr. Vázquez, Luis Daniel y Serrano Sandra, op. cit, p. 159.

**DIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD). ORIENTAN LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES EN ESA MATERIA Y SON DE INELUDIBLE OBSERVANCIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES.”<sup>22</sup>**

Criterio que establece la obligación de toda autoridad, de promover, respetar y garantizar los Derechos Humanos, favoreciendo la protección más amplia posible a favor de la persona, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En virtud de éstos, la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias sexuales.

**2.8 Deberes de los Estados.-** Los Estados están obligados como ya lo comentamos a promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos, pero también tiene otros deberes, como lo son los de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones que contra ellos se cometan. fFinal del formulario

Tal como lo ha expresado la corte Interamericana de Derechos Humanos:

“174.- El Estado ésta en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los Derechos Humanos, investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.”<sup>23</sup>

**Para que no existan dudas sobre los conceptos a los que me he referido, me permito explicar cada uno de los deberes:**

<sup>22</sup> Tesis: IV.2o.A.15 K (10a) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, t. 3, p. 1946, Reg. IUS:2001718

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C No. 4.

**Prevenir.** - El deber de prevenir las violaciones a los Derechos Humanos abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los Derechos Humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.

Así, este deber implica que los Estados están constreñidos a evitar que potenciales violaciones a los Derechos Humanos se susciten en agravio de cualquier persona.

**Investigar.** El deber de investigar se refiere a que los Estados han de llevar a cabo actuaciones serias y eficaces tendentes a revelar la existencia de violaciones y a identificar a los sujetos que, en su caso, las cometieron, a efecto de que no queden impunes.

Cabe señalar que, en relación con este deber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido lo siguiente:

“177. en ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de interés particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad, esta apreciación es válida cualquiera (sic) sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.”<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Op Cit.

**Sancionar.** Si las indagaciones que los Estados lleva a cabo revelan que ciertos derechos humanos fueron vulnerados, surge la obligación de este de sancionar a los responsables, deber que se traduce en aplicarles las penas que, conforme a derecho, les correspondan. luego, en acatamiento a esta obligación, si un servidor público o agente estatal infringe los derechos de una persona el Estado no puede eximirlo de su responsabilidad jurídica personal.

**Reparar.** Finalmente, la obligación de reparar las violaciones de derechos humanos se traduce en el deber de los Estados de resarcir a la víctima de los derechos que le hayan sido causados; por tanto, en la medida de lo posible, deba. En todo caso, lo que es fundamental es que las reparaciones tengan un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos, a fin de que, la reparación sea “proporcional a la gravedad de las violaciones y del daño sufrido”.

**2.9 No discriminación por “preferencias sexuales”.** - Aunque parezca esto tan pasado de moda, lo cierto es que, en muchos países, sigue estando vigente la discriminación por preferencias sexuales, por lo que en esta época se debe crear conciencia y fijar como política pública de los Estados la no tolerancia sobre estas practicas tan arcaicas.

**2.10 Fomentar el respeto a los Derechos Humanos.** - Considero de suma importancia que tenemos en todo el mundo un reto a superar, es decir, que exista obligación por parte de los Estados de imponer en sus ordeamientos que la educación que se imparta tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará el respeto a los Derechos Humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

**2.11 Derecho de Refugio.**- Así también, no podemos olvidar que e que en caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene de-

recho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se debe otorgar refugio, por lo que los Estado deben otorgar rango constitucional al asilo y se debe reconocer como un derecho de vital importancia el refugio, para toda persona por razones de carácter humanitario, con lo cual se plasma la solidaridad internacional de todos los países que se tiltan de democraticos y sin duda demuestran con ello la intención de proteger a las personas que sufren violaciones de derechos en sus países de origen, para quienes deben estar completamente abiertas las puertas de su país.

**2.12 Respeto a la previa audiencia de los extranjeros.**- Por otra parte, en los países donde se facultad al titular del ejecutivo hacer abandonar el territorio de su país a las personas extranjeras sin que se le otorgue ningún tipo de derecho de ser oído y vencido en juicio a la persona extranjera afectada, considero que es un acto totalmente arbitrario, por lo que los Estados deben respetar la “previa audiencia” y que la expulsión solamente pueda proceder en los términos que señale su ley interna en la cual de contemplar el lugar y el tiempo que puede durar la detención de un extranjero para efecto de su posible expulsión del territorio respetando en todo momentos sus derechos fundamentales.

**2.13 Los Derecho Humanos como política exterior.** Opino que debe existir como obligación del titular de los Estados, que utilicen como principios de su política exterior “el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos”. Esto implica que los derechos humanos se convierten en un eje rector de la diplomacia de su país y que no se pueden seguir siendo neutral frente a sus violaciones. Si se acreditan violaciones de Derechos Humanos, los Estados debe sumarse a las condenas internacionales y aplicar las sanciones diplomáticas que correspondan según el ordenamiento jurídico aplicable.

**Conclusiones.**

Las Constituciones de los países, por mejor redactada que esten, no puede cambiar por sí solas una realidad de constante violación a los derechos, lo cierto es que en nuestra realidad, es esta época de la postmodernidad existen bastantes retos por superar en tema de Derechos Humanos, hace años celebrabamos la caída del muro de Berlín, sin embargo hoy muchos celebran la creación de un nuevo muro “Estados Unidos de Norte America-México”, claro ejemplo de los retos que tenemos que superar, luchar para acabar con tanta discriminación que existe en el mundo, la no aceptación de políticas publicas a fin respetar los derechos fundamentales, tal parece que la soberbia de los titulares de los gobiernos no aceptan como obligacion la promoción, protección, respeto y la verdadera garancia de tales prerrogativas, asi tambien los que nos decimos concedores del derecho debemos trasmitir conocimientos a las nuevas generaciones a fin de hacer conciencia para exigir que las autoridad apliquen los mecanimos protectores de Derechos Humanos para lograr su vigencia efectiva, porque hoy en día la única ruta transitable para que en el mundo se respete la dignidad de todas las personas, sin duda es una tarea inmensa, pero es también una tarea urgente e indeclinable.

**Referencias bibliograficas:**

- Caballero Ochoa, José Luis, La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, Instituto de Investigaciones Juridicas, UNAM, 2014, México, p. 120.
- Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos”, El mundo del abogado, México, año 14, núm. 147, julio 2011, p. 31.
- François Lyotard, Jean, La Condición Postmoderna. Informe sobre el saber. Madrid, Cátedra, 1987.



Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías* (trad. Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), México, CNDH, 2007, p.8.

Roccati Mireille, *Los derechos humanos y la experiencia del ombudsman en México*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996, p. 19.

Vázquez, Luis Daniel y Serrano Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), op. cit, p. 147, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Panorama y breves comentarios al sentido y alcance de la inminente reforma constitucional en materia de derechos humanos en México de 2011”, op. cit, pp. 167-168, Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2011, colección textos jurídicos universitarios, pp. 57-73; Santos Azuela, Héctor, op. cit, pp. 125-131, tesis VII.2o.C.30 C (10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t.2, p. 1306, Reg. IUS: 2002270; tesis IV.2o.A.13 K (10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, septiembre de 2012, t.3, p. 2072, Reg. IUS: 2001787; tesis I.4o.A.811 (9a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2011, t.2, p. 1807, Reg. IUS: 160000; tesis XXX.1o.1. A(10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, t.2, p. 2016, Reg. IUS: 2001535; tesis 1ª.XVIII/2012 (9a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, t.1, p. 257, Reg. IUS: 160073.

Real Academia Española,” progresivo”, *Diccionario de la Lengua Española*, p. 1842.

### **Normativas:**

1.- Preámbulo de la Convención Americana de los Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de mayo de 1981.

2.- Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de mayo de 1981.

3.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985. Serie A No. 5.

4.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C No. 4.

### **Criterios jurisprudenciales:**

1.- Solicitud de modificación de jurisprudencia 14/2009-PL, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Octubre de 2011, t.1, p. 211. Reg. IUS. 23181

2.- Tesis P.XII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV,

3.- Tesis I.15°.A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 2341. Reg. IUS. 177020. agosto de 2011, p. 23. Reg. IUS. 161368.

4.- Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) J/1 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, t. 2, p. 1107, Reg. IUS. 2001218.

5.- Tesis 1a. CLLXXVI/2012 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, Diciembre de 2012, t. 1, p. 530, Reg. IUS. 2002359.

6.- Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 2 K (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, t. 2, p. 1999, Reg. IUS: 2001511.

7.- Tesis: IV.2o.A.15 K (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, t. 3, p. 1946, Reg. IUS:2001718.

---

**REFLEXÕES INICIAIS SOBRE A PROTEÇÃO DAS FLORESTAS  
ENQUANTO PATRIMÔNIO DA HUMANIDADE E AS MUDANÇAS  
NO CLIMA**

---

**PEDRO CURVELLO SAAVEDRA AVZARADEL<sup>1</sup>**  
*Universidad Federal Fluminense (BRASIL)*

**SUMARIO**

Introdução. 1. As florestas enquanto patrimônio da humanidade. 2. Proteção cultural das florestas e mudanças climáticas. 4. Conclusões. 5. Referências

---

<sup>1</sup> Pos-Doutorando em Direito Ambiental pela Univesidade Paris I Pantheón Sorbonne, com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nivel Superior (CAPES/BRASIL). Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: [pedroavzaradel@id.uff.br](mailto:pedroavzaradel@id.uff.br)

## **Introdução**

Não havendo, até hoje, uma convenção específica sobre as florestas, podemos dizer que sua proteção no plano internacional decorre de tratados dispersos, que abordam aspectos particulares, por vezes de forma direta - caso dos acordos sobre o comércio de madeiras tropicais - e por vezes indiretamente.

Nesses últimos casos, a floresta não é protegida por seu próprio valor, mas em razão das contribuições para a conservação da biodiversidade ou para a mitigação das mudanças climáticas. Recentemente, foram mencionadas de forma destacada no artigo 5º do Acordo Climático de Paris (2015).

Segundo BEURIER e KISS (2004, p.145), os tratados internacionais ambientais partem da premissa de que é preciso proteger bens e recursos para o bem estar da humanidade - incluídas as gerações futuras. Portanto, são diferentes daqueles cujo fundamento está na reciprocidade e na existência de interesses específicos ( não necessariamente idênticos).

Após o fracasso do processo de elaboração de uma convenção vinculante sobre as florestas, no início da década de 1990, vários documentos foram assinados e uma série de novas instituições foi criada para tratar do assunto. Se, por um lado, as chamadas Convenções da Rio 92 tendem a possibilitar um diálogo entre as instituições responsáveis, pouca atenção tem sido dada ao papel das florestas enquanto bem cultural e/ou natural da humanidade.

### **As florestas enquanto patrimônio da humanidade**

Primeira de uma serie de tratados sobre tutela da cultura adotada pelo Conselho Educacional, Científico e Cultural das Nações Unidas (UNESCO), a Convenção Quadro sobre Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial foi adotada em 1972. Parte da premissa de que certos bens se revestem de características importantes para humanidade e cuja perda importa no empobrecimento de todos os povos. Esses bens estariam a sofrer graves ameaças. E a complexidade de sua proteção faria com que, em muitos casos, apenas a ação nacional não fosse suficiente (ONU, 1972,

preâmbulo).

Conforme o preâmbulo da Convenção (ONU, 1972), esta busca proteger bens culturais e naturais de valor excepcional universal, cujo interesse na proteção é de toda a humanidade, considerando que as ações necessárias são amplas e complexas diante da escassez de recursos de muitos Estados. Conceitua-se no artigo segundo o patrimônio natural como sendo:

- os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por conjuntos de formações de valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico;
- as formações geológicas e fisiográficas, e as zonas estritamente delimitadas que constituam habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas de valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico,
- os sítios naturais ou as áreas naturais estritamente delimitadas detentoras de valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural (ONU, 1972).

Como lembra KISS, (1984, p. 282), outros tratados já denominaram antes certos macrobens como patrimônio comum da humanidade, definição fundada em 3 princípios: a proibição da apropriação nacional, o uso “livre” pelos Estados - segundo as normas jurídicas - e a observância dos interesses das gerações futuras. Já conforme BEURIER e KISS (2004, p.149), as principais características do patrimônio comum da humanidade são: “uso exclusivo para fins pacíficos, utilização racional dentro de um espírito de conservação; boa gestão e transmissão às gerações futuras” (tradução livre).

Os avanços no conceito de patrimônio comum, segundo KISS, aproximam este conceito da ideia de “trust”. Oriunda do direito norte americano, tal noção significa a gestão racional e soberana pelos Estados com vistas ao interesse da humanidade, incluídas as gerações vindouras (1984, p. 282).

Isto significa que o Estado em cujo território estão localizados bens reconhecidos como de interesse da humanidade (através do tratado ao qual aderiu voluntariamente) pode aferir os benefícios de sua utilização. Contudo,

não os pode utilizar contra o aludido interesse (BEURIER e KISS, 2004, p.149). Em síntese, os bens que integram tal patrimônio, pouco importa se públicos ou privados, estarão sujeitos à soberania estatal. Contudo, deverão ser geridos com vistas às necessidades da humanidade, não se admitindo praticas ou condutas do proprietário ou do próprio Estado, em sentido oposto (UNESCO Brasil, IPHAN, 2016, p. 8). Esse raciocínio aplica-se, igualmente, às florestas reconhecidas como patrimônio da humanidade. Nas palavras de KISS (1984, p. 282): “autrement dit, ils devraient s’engager à n’exploiter ces forêts que dans la mesure où le renouvellement des différentes essences este assurée pour un avenir illimité».

No texto da Convenção, os Estados reconhecem, sem prejuízo da soberania sobre os bens qualificados como patrimônio universal, o dever de cooperação da comunidade internacional em sua preservação, bem como as obrigações de proteção e de não adoção de medidas capazes de prejudicar, direta ou indiretamente, tal patrimônio (ONU, 1972, art. 6º). Ao mesmo tempo, determina-se que os Estados signatários criem políticas nacionais e estruturas administrativas para proteger os bens reconhecidos em seu território (Idem, *Ibidem*, art. 5).

Surge com a Convenção em questão o Comitê do Patrimônio Mundial, criado junto à UNESCO. De natureza intergovernamental, este comitê possui Estados e também a Organizações Não Governamentais (que atuam como consultores), podendo-se citar como exemplo deste ultimo caso a União Internacional para Conservação da Natureza e de seus Recursos (ONU, 1972, art. 8º).

Prevê a Convenção em cotejo mecanismos de assistência pela comunidade internacional nos casos de países que possuam bens integrantes da lista do patrimônio mundial mas não disponham de recursos suficientes para protegê-los. Estabelece o artigo 13 a possibilidade de auxílio com recursos do Fundo por ela criado, mediante pedido do Estado em cujo território esteja o bem inscrito na lista ou que o venha a ser com o pedido formulado (caso em que o Estado busca, ao mesmo tempo, a inclusão e o auxílio financeiro). Esses pedidos podem ter por objeto “a proteção, a

conservação, a valorização ou a revitalização dos bens” e são analisados pelo Comitê do Patrimônio Mundial. No caso de subvenções, estas devem representar apenas uma parte dos custos, salvo razões e casos excepcionais previstos nos artigos 21 e 25 (ONU, 1972).

Porém, conforme o artigo 22, as modalidades de auxílio não se resumem às subvenções financeiras, incluindo também o auxílio técnico, os treinamentos para formação de capacidade interna, a realização de estudos, o empréstimo de equipamentos não existentes no país solicitante ou, ainda, os empréstimos em condições especiais (ONU, 1972).

Como vimos, as florestas podem ser protegidas pela Convenção de 1972. Nas palavras de CHATENET (2010, p. 22), podem ser entendidas como “patrimônio nacional de interesse ecológico comum ou mundial”. Nesta linha, criou-se no seio da UNESCO em 2001 o Programa de Florestas Classificadas como patrimônio mundial.

Avec des superficies allant de 18 hectares (vallée de Mai, Seychelles), à 8,8 million d’hectares (lac Baïkal, Fédération de Russie), les sites forestiers du patrimoine mondial couvrent une surface de plus de 75 millions d’hectares (1,5 fois la taille de la France) et représentent plus de 13% des forêts protégées du monde (catégories I - IV de l’UICN)<sup>2</sup>.

Pode-se perceber que a proteção das florestas enquanto bem da humanidade apresenta resultados consideráveis e que não podem ser menosprezados, sobretudo no atual contexto de urgência climática, por serem as florestas notórios estoques de carbono – embora, como veremos, não somente isso.

### **Proteção cultural das florestas e mudanças climáticas**

Ao nos depararmos com a proteção das florestas enquanto bens culturais ou enquanto patrimônio natural da humanidade e as possíveis relações com a questão climática, podemos apontar três questões que merecem ser desenvolvidas.

<sup>2</sup> Informações disponíveis em <http://whc.unesco.org/fr/forets>. Acesso em 23 abr. 2017.

Primeiramente, diversos bens culturais reconhecidos como patrimônio da humanidade estão sujeitos a riscos decorrentes das alterações no clima. Por exemplo, a intensificação de extremos climáticos tais como secas e chuvas acima da média, o derretimento de massas de gelo nos polos do planeta e o aumento do nível dos oceanos estão entre os vários processos associados a tais mudanças com potencial altamente destrutivo (AVZARADEL, 2008).

Tais processos podem ameaçar florestas, bem como outros bens e lugares protegidos com base na Convenção sobre Patrimônio Cultural e Natural Mundial. Neste sentido, a própria UNESCO, através do Comitê da Convenção, criou em 2005 um grupo de trabalho para avaliar esses riscos, cujas conclusões reproduzimos parcialmente abaixo:

The very significant challenges which climate change poses to World Heritage sites can not be effectively dealt with by any one organization. It calls for a collective response and the World Heritage Convention, which promotes international cooperation for heritage conservation, can be an effective mechanism for mobilizing such support from relevant organizations, conventions and processes (ONU, 2007, p. 44).

Segundo estudos mais recentes, a Convenção evoluiu de forma a poder contribuir no monitoramento de tais mudanças, sugerindo ações de mitigação e adaptação, considerano também aspectos humanos (ONU, 2015, p. 1). Logo, podemos dizer que esta primeira questão já consta da pauta da comunidade internacional.

Por outro lado, num segundo momento, também se pode perceber que a proteção conferida no âmbito da Convenção Quadro sobre Patrimônio Natural e Cultural às florestas possui repercussões positivas sobre a tutela do clima. A manutenção desses estoques naturais de carbono é facilitada através das ações, da cooperação e dos auxílios existentes em razão da aludida convenção. Acreditamos que este ponto mereça maior atenção.

Por derradeiro, num terceiro momento, cabe refletir sobre a articulação entre as várias Convenções existentes com vistas à proteção



das florestas. Podemos observar uma tendência na articulação entre as Convenções sobre clima, biodiversidade e combate e à desertificação (chamadas por alguns de Convenções da Rio-92). Isto fica nítido na leitura de relatórios, decisões e documentos produzidos no âmbito desses tratados.

Ilustrativo nesse sentido é o Programa de Ação sobre Biodiversidade Florestal, adotado no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre Biodiversidade (ONU, 2002), buscando integrar a biodiversidade no planejamento das políticas públicas florestais. Para a Organização Não Governamental *Global Forest Coalition* (GFC), ao avaliar as medidas adotadas pelas partes na implementação do Programa, o desempenho geral foi insuficiente e as histórias de sucesso teriam ocorrido nos territórios de povos originários, também chamados de povos indígenas (Lovera, 2008, p. 5-10).

Neste último aspecto, uma preocupação existe de que o Acordo de Paris, celebrado no seio da Convenção sobre Mudanças Climáticas, não seja implementado isoladamente. Por exemplo, não nos parece interessante que o aumento da superfície com cobertura florestal e dos respectivos estoques de carbono se faça sem considerar a proteção da biodiversidade - gerando os chamados “desertos verdes” – ou com prejuízo das culturas e povos tradicionais ou originários ainda existentes – com o seu descolamento forçado ou a inviabilização de seu modo de vida nos territórios que ocupam. Parece-nos que tal preocupação tenha sido consignada no preâmbulo do Acordo:

Acknowledging that climate change is a common concern of humankind, Parties should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and the right to development, as well as gender equality, empowerment of women and intergenerational equity (...)

Noting the importance of ensuring the integrity of all

ecosystems, including oceans, and the protection of biodiversity, recognized by some cultures as Mother Earth, and noting the importance for some of the concept of “climate justice”, when taking action to address climate change (ONU, 2015b).

Ao fazer menção aos direitos humanos e às culturas que reconhecem a biodiversidade como mãe terra, o Acordo de Paris deixa cristalina a importância de uma abordagem que garanta a integridade desses direitos e culturas. Acreditamos que o desrespeito dessas diretrizes, por diversos fundamentos além deste, possibilita que o Estado responsável possa ser acionado perante cortes internacionais. No caso das Américas Latina e Central, já existe uma rica jurisprudência na Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa aos povos indígenas.

A partir de um universalismo jurídico e de uma abordagem multicultural, a citada corte já reconheceu, por exemplo, que a consulta prévia das populações indígenas no caso de empreendimentos as possam afetar consiste num princípio geral do direito, que o reconhecimento das terras desses povos deve ocorrer em prazo razoável e que o Estado deve responder quando não agir para evitar as lesões sofridas pelos povos indígenas praticadas por particulares (RIVAS e SILVA, 2014). Neste contexto específico, a proteção ambiental é reforçada pela necessidade de garantia das condições ambientais propícias à reprodução cultural dos povos tradicionais. Isto inclui o acesso aos recursos naturais existentes no território que ocupam tradicionalmente e dos quais necessitam (OEA, 2010, p. 82-83).

Nesta linha, igualmente, a tutela do sistema climático não pode ignorar os possíveis impactos das ações de mitigação e adaptação sobre os vários bens culturais e naturais protegidos pela Convenção de 1972. Do mesmo modo, deve ter em conta e zelo os povos originários e tradicionais que, ao mesmo tempo, dependem da floresta e contribuem de forma decisiva, como vimos, para a conservação desses ecossistemas. Esse desafio exige uma estreita cooperação entre as várias estruturas criadas nas Nações Unidas, incluindo-se, dentre elas, a UNESCO.

## **Conclusões**

Como vimos, a Convenção sobre Proteção do Patrimônio Natural e Cultural de 1972 vem sendo utilizada, sobretudo após 2001, como um importante instrumento na proteção de florestas cujo valor tenha sido reconhecido como universal e de interesse da humanidade. Tendo em vista os imperativos trazidos pelas mudanças no clima, parece-nos muito importante considerar essa convenção em pelo menos três aspectos: os riscos das alterações no clima sobre os bens protegidos enquanto patrimônio cultural e/ou natural da humanidade; as contribuições da proteção das florestas pela Convenção de 1972 no enfrentamento dos desafios climáticos; a consideração do patrimônio natural e cultural da humanidade nos programas de ação decorrentes do Acordo de Paris e de outros tratados ambientais.

## **Referências**

- AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Mudanças Climáticas: risco e reflexividade. Dissertação de Mestrado. Niterói: Universidade Federal Fluminense. Programa de Pós- Graduação em Sociologia e Direito, 2008.
- BEURRIER, Jean Pierre ; KISS, Alexandre. Droit International de L'Environnement. Paris : Editions A. Pedone, 2004.
- CHATENET, Antoine. Forêts et droit international : les aspects juridiques de La protection internationale des forêts. Lyon : Université Jean Moulin 3, 2010.
- KISS, Alexandre. La forêt et le patrimoine commun de l'humanité. In PRIEUR, Michel (Dir.): Forêts et environnement en droit comparé international. Paris: Presses universitaires de France, 1984.
- LOVERA, Miguel.(ed.), Forest and the Biodiversity Convention: Independent Monitoring of the Implementation of the Expanded Programme of Work. Miguel Lovera (editor), Global Forest Coalition, Amsterdam, 2008.
- Organizacion de los Estados Americanos. Comision Interamericana de

- Derechos Humanos. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Washington D.C, 2010.
- Nações Unidas (ONU). Convenção para a proteção do patrimônio cultural e natural mundial. Paris: 1972. Disponível em <http://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf> . Acesso em 14 abr. 2017.
- \_\_\_\_\_. Decision 22. Sixth Ordinary Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity/The Hague (Holanda) : 2002. Disponível em <https://www.cbd.int/decisions/cop/?m=cop-06> Acesso em 23 mai. 2017.
- \_\_\_\_\_. UNESCO. World Heritage Reports. Climate Change and World Heritage. n. 22. Paris: 2015a. Disponível em <http://whc.unesco.org/en/activities/474>. Acesso em 23 abr. 2017
- \_\_\_\_\_. UNESCO. World Heritage, n. 77. Paris: 2015a. Disponível em <http://whc.unesco.org/en/review/77>. Acesso em 23 abr. 2017
- \_\_\_\_\_. Acordo de Paris. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>. Paris: 2015b. Acesso em 20 mar. 2017.
- \_\_\_\_\_. UNESCO. Gestão do Patrimônio Mundial natural. – Brasília: UNESCO Brasil, IPHAN, 2016.
- \_\_\_\_\_. UNESCO. Programme Forêt du Patrimoine mondial. Disponível em <http://whc.unesco.org/fr/forets> . Acesso em 23 abr. 2017.
- RIVAS, Juana M. I.; SILVA, Rosmerlin E.. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em termos de povos indígenas e tribais. In: BELTRÃO, Jane Felipe et al. (Coords). Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis. Rede Direitos Humanos e Educação Superior, 2014, p. 291-326.

---

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PRINCÍPIO OU REGRA?  
UMA ANÁLISE DA ESTRUTURA DA NORMA COM BASE NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
BRASILEIRO**

---

**JULIANA SAHIONE MAYRINK NEIVA<sup>1</sup>**

*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – (Portugal)*

*Membro da Advocacia-Geral da União – AGU*

*(Advogada da União/Brasil)*

**SUMÁRIO**

**1. Introdução 2. Estrutura Normativa 2.1** Uma questão preliminar: o problema terminológico **2.2** Os elementos estruturantes da norma **2.3** A diferença entre os enunciados dos princípios de das regras **3.** A presunção de inocência segundo o STF **3.1** Evolução histórica da jurisprudência do STF **3.2** As ações declaratórias de constitucionalidade n.º 43 e 44 **3.3** As premissas estabelecidas nos votos dos ministros. **4. A análise do julgamento com base na estrutura normativa.** **5.** Conclusões.

---

<sup>1</sup> Advogada da União na Instituição Advocacia-Geral da União (Brasil), Mestranda em Direitos Fundamentais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal

## 1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar o tratamento que vem sendo conferido pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) à norma prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que assim dispôs a respeito da **presunção de inocência**:

*“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)”*

*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (grifou-se)*

O estudo desenvolve-se com base no conceito de norma jurídica proposto por Robert Alexy e Ronald Dworkin e a classificação de espécies normativas por eles defendida, a subdivisão entre princípios e regras, em especial no que se refere a suas estruturas normativas e às diferentes formas de aplicabilidade.

Partindo-se dessa classificação, pretende-se analisar o julgamento proferido pelo STF no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43 e 44, por meio das quais buscava-se, dentre outros objetivos, a harmonização do artigo 283<sup>2</sup> do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) com o citado inciso do artigo 5º da CRFB/88.

Dito isso, o que se pretende, na verdade, é analisar a (im)precisão terminológica com a qual foram aplicados conceitos que são fundamentais para o desenvolvimento e utilização das teorias propostas por Alexy e Dworkin, assim como a repercussão de eventuais (in)correções no resultado final do julgamento.

O problema não está, portanto, na não aplicação da teoria, que poderia ser justificada pela discordância, legítima, de um ou outro Ministro

<sup>2</sup> *“Art. 283. 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.” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*

com os renomados teóricos. Parece-me mais grave. As técnicas para solução de conflitos normativos preconizadas por Alexy e Dworkin foram aplicadas, mas o foram, no meu entendimento e conforme demonstrar-se-á a seguir, de forma equivocada.

Delimitado, portanto, o objeto do estudo, é necessário estabelecer alguns parâmetros adotados para o presente trabalho.

Inicialmente, em que pese à importância jurídica e relevância de ordem prática de todos os votos proferidos no julgamento das ADCs nº 43 e 44, este estudo analisará de forma pormenorizada apenas os votos do Ministro relator, Marco Aurélio Mello, e os votos divergentes e vencedores dos Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes.

A opção de limitar o material de estudo dá-se pelo fato de que, à exceção do Ministro relator, que terá seu voto analisado em razão da relevância da própria relatoria e por ter sido vencido no julgamento, os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes pautaram-se, especificamente, pelas teorias desenvolvidas por Alexy e Dworkin, citados expressamente por ambos.

Espera-se, com isso, fomentar o debate a respeito do tema e, principalmente, demonstrar que, se aplicada corretamente a teoria, o resultado final do julgamento poderia<sup>3</sup> ter sido outro.

## 2. Estrutura normativa

No âmbito da teoria da norma, o estudo e a correta compreensão da estrutura normativa torna-se premissa inafastável para utilização das teorias de Dworkin<sup>4</sup> e Alexy<sup>5</sup>. Isso porque, para os teóricos aqui estudados, as regras aplicam-se na fórmula do tudo-ou-nada e os princípios aplicam-se

<sup>3</sup> Quando afirma-se que o resultado poderia – e não deveria – ser outro, parte-se da premissa de que o argumento mais forte está relacionado com a estrutura normativa do enunciado do art. 5º, inciso LVII da CRFB/88 e que tal argumento está apto a alterar o resultado sem, contudo, desconsiderar o fato de que, ainda assim, os demais argumentos poderiam, em conjunto ou separadamente, manter a decisão.

<sup>4</sup> Dworkin, Ronald, *Levando os direitos a sério*, tradução Nelson Boeira. Martins Fontes. São Paulo, 2002.

<sup>5</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Editora Malheiros, 2015.

com base na teoria da colisão<sup>6</sup>.

Diante disso, torna-se bastante lógico que, para determinar a forma correta de aplicação das normas, é necessário, de antemão, identificar se trata-se de um princípio ou uma regra, sendo certo que o estudo de sua estrutura é o lugar ideal para que se inicie a diferenciação normativa que culminará na adoção de um ou outro critério de solução de conflito<sup>7</sup>.

Em que pese à **lógica simples por trás desse raciocínio, é exatamente na identificação das diferenças dos elementos normativos entre princípios e regras, na verificação prévia de seus elementos estruturantes, que reside o maior problema da utilização da teoria, em especial pelo fato de que os estudos** relacionados ao tema apresentam-se muito mais dedicados à compreensão do fenômeno da aplicabilidade da norma e não, como se pretende, a seu momento antecedente<sup>8</sup>.

## 2.1 Uma questão preliminar: o problema terminológico

Antes de efetivamente analisar os elementos estruturantes da norma, é necessário afastar uma questão preliminar que se relaciona ao uso da palavra “princípio”, tendo em vista que o intérprete desavisado poderá presumir que a utilização dessa palavra estará sempre relacionada a um único conceito ou à apenas uma definição que lhe é indissociável quando, na verdade e mais comumente do que se imagina, não é isso que ocorre.

Na ciência do direito, em razão da linguagem escrita ser a ferramenta por meio da qual se definem os conceitos e padrões utilizados, não é raro que uma mesma palavra seja utilizada para definir conceitos distintos, a depender da forma eleita pelo legislador ou pelo operador do direito para

<sup>6</sup> A doutrina moderna defende a possibilidade de ponderação entre regras, contudo, partindo da premissa apresentada pelo ministros do STF, que se verá adiante, esse trabalho irá considerar apenas as fórmulas originais propostas por Dworkin e Alexy.

<sup>7</sup> No mesmo sentido David Duarte (*A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coleção Teses*. Editora Almedina. Coimbra.2006., pág 136): “(...)é que, em rigor, é inaceitável que se reconheçam diferentes formas de actuação de normas no conjunto sem que isso se apóie na sua morfologia”

<sup>8</sup> Analisando a estrutura normativa como elemento fundamental para a distinção ente princípios e regras, conferir David Duarte, *An experimental essay on the antecedent and its formulation* in: i-lex, 16, 2012, pp. 51 e ss (www.i-lex.it)



utilização da expressão.

Enquanto nas demais áreas da ciência as dúvidas que porventura recaem sobre a relação entre as palavras e aquilo a que se referem podem ser resolvidas com demonstrações ou comprovações oriundas da realidade, o operador do direito nunca prescindirá do uso de expressões lingüísticas para demonstrar o objeto do seu trabalho.

A palavra “princípio”, por exemplo, em razão de sua polissemia, pode ser utilizada por diversos operadores do direito, desde a elaboração do enunciado pelo poder legislativo até sua aplicação pelo poder judiciário, passando pelos estudos acadêmicos e doutrinários, com um número infinito de possibilidades de definições de conceitos, todos distintos, sem que seja possível apontar por outro meio, que não com o uso de expressões lingüísticas, àquilo que efetivamente o operador se refere.

**É exatamente nesse ponto que reside parte do problema aqui enfrentado: a doutrina**<sup>9</sup> possui classificações de princípios que em nada se assemelham à definição qualitativa proposta por Alexy e Dworkin. A palavra “princípio” é a mesma. O conteúdo a que se refere ou a classificação utilizada para sua definição, contudo, são completamente distintos<sup>10</sup>.

Tais diferenças terminológicas, como muito bem destacado por Virgílio Afonso da Silva<sup>11</sup>, em nada se relacionam com a correção ou incorreção do uso dessa palavra para definir um determinado conceito ou propor uma classificação. Não há quem esteja certo ou errado com a adoção da expressão. São apenas classificações diferentes que se utilizaram

9 Virgílio Afonso da Silva menciona as classificações relacionadas ao grau de importância como critério de diferenciação normativo entre princípios e regras presentes nas obras de Celso Antônio Bandeira de Melo, Luis Roberto Barroso, J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira e Joseph Raz (cf *Direitos Fundamentais. Conteúdos essenciais, restrições e eficácia*. Nota de rodapé 7, pág. 44. 2ª edição, 3ª tiragem. Editora Malheiros. 2014). Outras classificações também podem ser encontradas no trabalho de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, *Sobre principios y reglas*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Pág. 103. Núm. 10, 1991. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk1q1>

10 Na obra *Teoria Discursiva do Direito* (pág. 288 e ss. Editora Forense. 2014), Robert Alexy cita diversos exemplos de classificações relacionadas a palavra princípio que diferem da classificação adotada por Dworkin.

11 SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, pág. 613. Em *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.

de uma mesma palavra.

O jurista José Afonso da Silva, por exemplo, está entre aqueles que definem a palavra “princípio” como sendo um “*mandamento nuclear de um sistema*” e, em razão disso, apresenta uma classificação relacionada ao grau de importância e fundamentalidade dos princípios dentro do ordenamento jurídico, não sem antes, corroborando com o argumento aqui exposto, fazer a seguinte ressalva a respeito da confusão terminológica existente<sup>12</sup>:

*“Há, no entanto, quem concebe regras e princípios como espécies de norma, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas. A compreensão dessa doutrina exige uma conceituação precisa entre normas e regras, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não tem feito, deixando assim obscuro seu ensinamento. Essa manual não comporta entrar a fundo nessa questão, razão por que nos contentamos com a singela distinção apresentada acima entre normas e princípios.” (destaques no original)*

Portanto, embora existam diversas formas de classificação e compreensão do exato teor da palavra “princípio” para a doutrina jurídica, as consequências práticas relacionadas à falta de compreensão prévia do conceito ao qual a palavra se refere em determinada hipótese ou situação pode ocasionar equívocos e imprecisões de ordem prática.

**É exatamente esse um dos problemas que parece ter ocorrido no julgamento realizado pelo STF nos autos das ADCs nº 43 e 44 e isto se dá porque, se a intenção dos Ministros era aplicar a fórmula do “tudo-ou-nada”, preconizada por Dworkin, ou, ainda, a teoria da colisão, defendida por Alexy, então, NECESSARIAMENTE, o conceito a que se refere a palavra “princípio” deveria ter sido apreendido a partir da teoria defendida por eles ou, ao menos, seguindo um critério qualitativo de identificação com base na estrutura normativa.**

Como se sabe, a distinção entre princípios e regras de ambas

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pág. 94. 37ª edição. Malheiros. São Paulo. 2014

as teorias não se baseia em um critério de grau de relevância ou fundamentalidade da norma para o ordenamento jurídico, que chega a ser, inclusive, expressamente afastado por Alexy<sup>13</sup> como determinante para o seu posicionamento.

## 2.2 Os elementos estruturantes da norma

No que refere à estrutura de seu enunciado, tradicionalmente, têm-se que as normas possuem três elementos: a) a *previsão*, b) o *operador deôntico* e c) a *estatuição*. Essa é a composição e a seqüência ideal em que cada um desses elementos aparece no enunciado da norma, ainda que, na prática, isso nem sempre ocorra<sup>14</sup>.

A (a) *previsão*, na maioria das vezes, é o primeiro elemento identificado na estrutura normativa e pode ser definido como a condição antecedente que precisa existir ou realizar-se para que os demais elementos da estrutura operem seus efeitos. É, portanto, um elemento descritivo da realidade, seja ele um fato da vida, um comportamento ou, ainda, uma referência a outras normas jurídicas<sup>15</sup>.

Para melhor compreensão, tome-se como exemplo o enunciado “*o negócio jurídico celebrado por pessoa incapaz será considerado nulo*”, no qual, quando se verifica a ocorrência do fato “*negócio jurídico celebrado por pessoa incapaz*”, tem-se por preenchido o elemento de previsão da norma.

O segundo elemento da norma, chamado (b) *operador deôntico*,

<sup>13</sup> *Teoria do Direitos fundamentais*, obra citada página 89 e ss.

<sup>14</sup> Nem sempre todos os elementos normativos encontram-se expressos nos enunciados e, por vezes, devem ser buscados a partir de outras normas ou na própria realidade. Há ainda, a possibilidade de termos mais de um elemento em um mesmo enunciado (duas ações no elemento da previsão ou dois operadores deônticos na mesma estrutura normativa, por exemplo). Nesses casos, analisando a estrutura, necessário identificar se há apenas uma ou duas normas, já que, como se sabe, a enunciado e a norma são coisas distintas. Para melhor compreensão e aprofundamento do tema, David Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*. Obra citada, pág. 55 e ss e, mais recente, David Duarte, *An experimental essay (...)*, obra citada, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, obra cit., pág 193 e ss, e Aulis Aarnio, *Lo Racional como Razonable, Un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. 1991. Madri. pág. 91 e ss.

<sup>15</sup> Duarte, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa*. Obra citada, pág. 77

contém o sentido do *dever ser* determinado pelo enunciado, podendo manifestar-se em três sentidos: b.1 proibição (“*A pessoa incapaz não pode celebrar negócio jurídico.*”), b.2 permissão (“*A pessoa capaz pode celebrar negócios jurídicos*”) b.3 imposição (“*A pessoa incapaz será representada por seus pais na celebração de negócios jurídicos*”).

No primeiro caso, proibição, há um dever-ser no sentido negativo, relacionado ao que não deve, obrigatoriamente, ser realizado ou verificado na previsão. Na segunda hipótese, em sentido contraposto, há uma determinação positiva, uma autorização para que a previsão se realize. Por último, tem-se um dever-ser no sentido impositivo, de obrigatoriedade de preenchimento da previsão.

Por fim, o terceiro elemento do enunciado normativo é a (c) *estatuição* que, como visto, é a consequência jurídica decorrente do preenchimento da previsão. Ou seja, nos exemplos acima, quando um negócio jurídico é celebrado por uma pessoa incapaz (previsão), a estatuição, ou a consequência jurídica, será a nulidade do mesmo.

Há, portanto, uma relação entre esses elementos, de forma que, se preenchido o elemento da previsão (causa), no sentido de dever-ser existente no operador deôntico, operam-se os efeitos jurídicos previstos no enunciado (estatuição)<sup>16</sup>.

Em termos bastante simplificados, esses são os três elementos que integram o enunciado das normas jurídicas e, a partir deles, é que se pretende fazer uma análise a respeito da diferença entre princípio e regra.

### 2.3 A diferença entre os enunciados dos princípios e regras

Primeiramente, é importante registrar que o estudo das diferenças entre princípios e regras com base na análise dos elementos que estruturam a norma apresenta grandes dificuldades de sistematização se utilizarmos apenas os trabalhos desenvolvidos por Alexy e Dworkin.

<sup>16</sup> Ainda que aparentemente tenhamos a impressão de estarmos diante de uma relação causal simples, com base apenas do “ser” presente no elemento da previsão, a relação verdadeira estabelece-se com base no “dever ser” que conecta os elementos e manifesta-se no operador deôntico. Nesse sentido, cf Aulis Aarnio, *Lo Racional como Razonable*, obra citada, pág. 105 e ss.

No caso de Dworkin, por exemplo, embora ele afirme que a diferença entre princípios e regras tem natureza lógica – o que leva-se a aguardar, ao longo do estudo de sua obra, a apresentação de uma diferenciação também com base na estrutura normativa –, ele mesmo parece reconhecer a dificuldade do tema ao afirmar que *“Em muitos casos a distinção é difícil de estabelecer – é possível que não se tenha estabelecido de que maneira o padrão deve funcionar; esse ponto pode ser ele próprio o foco da controvérsia”*<sup>17</sup>.

Apesar disso, é possível identificar alguns pontos de partida em seu estudo, tendo em vista suas afirmações no sentido de que os princípios nem sempre estabelecem condições (previsão) prévias para que as consequências jurídicas se verifiquem<sup>18</sup> ou, ainda, que muitas vezes não apresentam as próprias consequências jurídicas (estatuição) que se aplicam de forma imediata quando as condições se apresentam.<sup>19</sup>

Já em relação às regras, ele menciona que estas possuem enunciados precisos, que contêm tanto as previsões como as consequências jurídicas (estatuição), além de, eventualmente, também as exceções que a ele se apliquem.

Com base na análise dessas definições, pode-se concluir que **as principais diferenças entre princípios e regras, no que se refere a sua estrutura normativa, podem estar relacionadas aos elementos previsão e/ou estatuição**, de tal forma que as regras possuem elementos precisos, enquanto os princípios não apresentam as previsões de forma pré-definida e as consequências de forma imediata. Quanto ao operador deôntico, ao que parece, não há maiores dúvidas a respeito de sua similitude em ambas as categorias.

E, ainda, se não for possível identificar essa certeza em relação ao operador deôntico a partir da teoria de Dworkin, certamente será possível comprová-la por meio das afirmações de Alexy, que, já no início sua obra, ao estabelecer a classificação normativa de princípios e regras, o faz

17 *Levando os direitos a sério*. Obra citada, pág. 43

18 *Idem*, obra citada, pág. 41

19 *Idem*, obra citada, pág. 40

exatamente a partir da existência comum do elemento operador deôntico<sup>20</sup>.

Diante disso, a primeira premissa que adota-se para este estudo é: **a diferença entre regras e princípios não está localizada no elemento operador deôntico**. Tanto regras como princípios possuem operadores deônticos pré-definidos e que contêm comandos do dever ser (exatamente por isso, ambos são normas).

Diante disso, passando-se à análise da aplicabilidade da norma, é possível verificar que tanto regras quanto princípios estão aptas a, de imediato e sem depender de outras condições que não aquelas de sua própria estrutura, informar se o dever-ser é uma proibição, uma permissão ou uma imposição.

Como exemplo, traz-se o (i) enunciado normativo (EN) de uma norma que presume-se como princípio (P), (ii) seu operador deôntico (O), (iii) o enunciado normativo (EN) de uma norma que presume-se como regra (R) e (iii) seu operador deôntico (O):

- (i) EN1 = A liberdade de manifestação do pensamento é garantida
- (ii) O = permissão (P)
- (iii) EN2 = Na condução de veículos é proibido o consumo de bebidas alcoólicas
- (iv) O = proibição (Pr)

**No que se refere ao elemento da previsão (C)**, contudo, utilizando-se desses mesmos exemplos, verifica-se a dificuldade de identificá-lo em EN1 e nenhuma dificuldade em fazer o mesmo com EN2:

- (i) EN1 = A liberdade de manifestação do pensamento é garantida
- (ii) C = todos os tipos e formas de manifestação: música, livros, peças teatrais, exposições artísticas, cartazes etc

<sup>20</sup> “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.” Teoria dos direitos fundamentais, obra citada, pág. 87.

(iii) **EN2 = Na condução de veículos é proibido o consumo de bebidas alcoólicas**

(iv) C = na condução de veículo

O que se observa no exemplo acima, próximo ao que foi dito (embora não estruturalmente analisado) por Dworkin, é que o elemento da previsão existente nos princípios possui uma série de variações e de hipóteses de realização no mundo real que não estão previamente determinadas no enunciado normativo.

A identificação da condição, que fará com que o dever-ser e a consequência jurídica se manifestem, dependerá da análise do caso concreto, o que faz com que, sob o ponto de vista da estrutura normativa, esse possa ser um elemento diferenciador das espécies<sup>21</sup>.

O mesmo raciocínio aplica-se a Alexy e sua definição de “*mandamento de otimização*”<sup>22</sup>, no sentido de que os princípios determinam que algo deva ser realizado (previsão) na maior medida possível e não apenas, como as regras, limitados as condições expressamente e previamente definidas nos enunciados.

Dito de outra forma: regras possuem o elemento da previsão previamente identificado e, antes mesmo do surgimento do caso concreto, é possível destacar qual condição ou fato da vida precisa ser realizado para que os efeitos jurídicos da norma se operem.

Nos princípios, por sua vez, o elemento da previsão apresenta-se de forma indeterminada, de forma que, ainda que identificável no enunciado (v.g., manifestação do pensamento), somente o caso concreto poderá estabelecer o limite e o tipo exato amparado pela definição.

Para melhor compreensão, e ainda no exemplo da liberdade de manifestação do pensamento, pode-se analisar um caso recente, ocorrido na Argentina, no qual duas mulheres fizeram *topless* na praia como forma de

<sup>21</sup> No mesmo sentido, defendendo que a diferença pode ser identificada por meio do elemento da previsão, David Duarte, *An experimental (...)*, obra citada.

<sup>22</sup> *Teoria dos direitos fundamentais*. Obra citada, pág. 91.

expressar seus posicionamentos pessoais em defesa da igualdade de gênero.

A questão que deve ser analisada aqui, no que se refere à previsão, é se a conduta realizada está inserida no conceito previsto no enunciado da norma, ou seja, se o *topless* pode ser considerado, ou não, como uma forma de manifestação do pensamento. Se a resposta for positiva, então está garantido o direito ao *topless*<sup>23</sup>. Do contrário, a permissão da norma não se aplicará ao caso.

Nesse ponto é preciso abrir um parêntese para esclarecer que a impossibilidade de determinação prévia da previsão não se confunde com a existência de um conceito jurídico indeterminado no enunciado normativo.

No primeiro caso (previsão), a indeterminação relaciona-se à necessidade de identificação superveniente de uma entre várias possibilidades existentes, embora não especificadas no enunciado, enquanto, no segundo caso, só há uma possibilidade de aplicação da norma e ela está prevista no enunciado, sendo certo que a dificuldade na determinação está relacionada às questões semânticas da palavra.

Veja-se, por exemplo, a indeterminação do conceito “notável saber jurídico” como requisito para nomeação de alguém para o cargo de Ministro do STF. A condição “notável saber jurídico” está prevista na estrutura da norma e, de antemão, sabe-se qual é a previsão (notável saber jurídico) que deve (operador deôntico) ser preenchida para que a nomeação ocorra (estatuição). Tanto é que, juntamente com essa condição, há outros requisitos como idade, nacionalidade etc.

Não há necessidade, portanto, de aguardar-se a realização do caso concreto para que se dê ao enunciado o alcance esperado. A dificuldade em definir o conceito, portanto, é posterior a sua prévia identificação enquanto elemento que integra a estrutura da norma.

Não é isso que ocorre com a indeterminação do elemento da previsão para efeitos de distinção entre princípios e regras pois, neste caso,

---

<sup>23</sup> A análise do caso ateu-se somente, a título de exemplificação, ao campo da previsão normativa, sem maiores conjecturas a respeito de eventual conflito desse princípio com outros princípios contrapostos que poderiam, em maior ou menor medida, limitar o exercício do direito. Falar-se-á disso adiante.



a indeterminação está dentro do enunciado, por meio do qual não é possível identificar, com precisão, quais hipóteses e casos estão incluídos ou não na norma (v.g., manifestação do pensamento), salvo mediante a análise do caso concreto (v.g., música).

**No que se refere à estatuição**, o que se verifica na teoria de Dworkin é que, para ele, as regras possuem uma consequência jurídica expressa, que se aplica de forma imediata caso a previsão ocorra, enquanto os princípios, embora indiquem a consequência jurídica, nem sempre o fazem de forma imediata, ainda que a condição esteja preenchida.

Em Alexy, também é possível identificar alguns indícios da estatuição quando ele afirma que as regras determinam que algo (previsão) ocorra ou não (operador deôntico) de forma definitiva (estatuição), enquanto os princípios demandam que algo (previsão) seja realizado (operador deôntico) na maior medida possível, conforme o peso que também possuam as normas contrapostas (estatuição)<sup>24</sup>.

Mas a questão fundamental na análise desses argumentos é descobrir se é possível identificar qual seria a estatuição com base apenas no enunciado, tal como se dá com a previsão, ou se, neste caso, somente no segundo momento, da aplicabilidade e não da estrutura, será possível identificar o elemento.

De volta aos exemplos citados, tem-se o (i) enunciado normativo (EN) de uma norma que se presume como regra, (ii) sua estatuição (E), (iii) o enunciado normativo (EN) de uma norma que se presume como princípio e (iv) sua estatuição (E):

- (i) EN1 = Na condução de veículos é proibido o consumo de bebidas alcoólicas
- (ii) E = consumo de bebidas alcoólicas (proibição específica)
- (iii) EN2 = A liberdade de manifestação do pensamento é garantida
- (iv) E = garantia ampla, na maior medida possível

<sup>24</sup> Teoria Discursiva do Direito. Obra citada pág. 307.

No caso da norma EN1, salvo as hipóteses de derrotabilidade, é imediata a identificação de sua consequência jurídica (estatuição) a partir do enunciado normativo e a completa aplicabilidade caso o fato ocorra, ou seja, aqueles que estão dirigindo ficam proibidos de beber e, mesmo antes da verificação do caso concreto, não há dúvidas quanto a isso.

Já em EN2 o que se verifica é um direcionamento do operador deôntico para a consequência, que deverá ser cumprida até os limites da norma contraposta, ou seja, sem possibilidade de definição da sua consequência a partir da simples análise do enunciado.

Veja-se que a estatuição, ao contrário da previsão, tampouco poderá ser determinada com base na análise do caso concreto, antes da aplicabilidade. Parece de todo indispensável para identificação da consequência de normas princípios que o conflito se estabeleça, pois somente com a identificação do princípio contraposto será possível determinar os limites da consequência jurídica, sua amplitude e sua prevalência.

Utiliza-se, uma vez mais, o exemplo do *topless*. Como verificou-se anteriormente, ainda que o enunciado do princípio seja indeterminado, o caso concreto permite avaliar se haverá ou não o seu preenchimento antes mesmo de iniciar-se o conflito com outro princípio. Partindo do pressuposto, a título de exemplificação, de que esse fato preenche o elemento da previsão (é uma das formas de manifestação do pensamento, é um ato de protesto válido), a consequência jurídica mediata é sua garantia (ampla), ou seja, a possibilidade de fazer o *topless* estaria sob o amparo do princípio.

Não havendo conflito, ou seja, se a previsão desse princípio não se repete na previsão de outro princípio contraposto, o problema resolve-se aqui e é possível afirmar que a estatuição pode ser identificada a partir da estrutura.

Contudo, caso o mesmo fato também preencha<sup>25</sup> a previsão de um princípio contraposto como, por exemplo, a garantia da ordem pública,

<sup>25</sup> Veja que o mesmo fato preenche a previsão de dois princípios e determina (ou limita, ou identifica) sua condição de aplicabilidade ANTES da ponderação atuar. Esse exemplo reforça o argumento do funcionamento diferenciado do elemento da previsão nas normas de princípio pois não apenas o coloca como ponto central do estabelecimento do conflito como, e principalmente, o coloca em momento anterior a ele.

por meio do qual a nudez pode ser interpretada como ofensiva à moral social, a consequência jurídica imediata não poderá ser identificada apenas no enunciado do princípio que garante a liberdade de manifestação sem valer-se, também, do enunciado da norma contraposta.

Sendo assim, a consequência (estatuição) da liberdade de manifestação, a permissão para fazer o *topless*, encontra seu limite no peso que for conferido à estatuição da norma contraposta.

Se se estivesse diante de um conflito de regras, havendo sobreposição de previsões, a solução seria tomada com base na verificação da validade (especialidade/posterioridade) para, depois de eleita a norma válida, determinar-se a consequência aplicável e subsumir-se o fato à norma (aplicabilidade).

No caso da colisão de princípios, a solução para identificar a consequência imediata que será aplicada ao caso concreto dependerá da ponderação dos princípios envolvidos. Não há uma consequência específica que seja possível de ser determinada antes da aplicabilidade por que não há a determinação prévia de apenas um princípio como válido.

Ainda assim, considerando a estrutura normativa, o que se pode estabelecer como distinção é: as regras possuem suas consequências previstas, em amplitude, no enunciado, enquanto os princípios dependem da aplicabilidade, da solução da colisão, para que se proceda a mesma definição, salvo quando não há conflito.

A solução não parece resolver de todo o problema ora enfrentado, já que o ideal seria identificar a diferença ainda na estrutura normativa, mas, ainda assim, há alguma importância em se estabelecer essa premissa caso a dúvida a respeito da espécie normativa analisada não possa ser resolvida com o elemento da previsão (que, de todo, parece suficiente).

Dito isso, para a distinção entre princípios e regras que será analisada nos tópicos a seguir, tem-se:

	Princípios	Regras
--	------------	--------

Previsão	Indeterminada na estrutura e determinável no caso concreto	Determinada na estrutura
Operador deôntico	Dever-ser	Dever-ser
Estatuição	Depende do resultado da ponderação, em caso de conflito	Verifica-se na Estrutura

### 3. João Proença Xavier A presunção de inocência segundo Supremo Tribunal Federal

#### Evolução histórica da jurisprudência do STF

Três anos após a promulgação da CRFB/88, no ano de 1991, o STF decidiu, por unanimidade (ausentes os Ministros Celso de Melo e Marco Aurélio), no autos do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 68.726, que a prisão decorrente de decisão condenatória não transitada em julgado estaria em consonância como o “princípio”<sup>26</sup> da presunção de inocência, tal como previsto no texto constitucional, ficando autorizada a execução provisória da pena.

Essa interpretação prevaleceu até o ano de 2009 quando, no julgamento do HC nº 84.078, **guiados pelo voto condutor do então Ministro Eros Roberto Grau, o pleno do STF adotou posicionamento em sentido oposto, passando a entender que a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória configuraria ofensa ao “princípio” da presunção de inocência.**

Acompanhando o novo posicionamento do STF, o Congresso Nacional alterou a redação<sup>27</sup> do art. 283 do Código de Processo Penal (nova Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011), e, com isso, seu enunciado normativo passou a regular a matéria da seguinte forma:

<sup>26</sup> A palavra princípio está entre aspas para destacar que se trata de classificação utilizada pelo STF.

<sup>27</sup> A redação anterior era: “Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”

*“Art. 283. 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.” (grifou-se)*

Apesar da concretização normativa realizada pelo poder legislativo, em fevereiro de 2016, nos autos de um novo *HC* (nº 126.292), o pleno do STF novamente alterou a interpretação conferida ao dispositivo e decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não fere o “princípio” da presunção de inocência, retomando, portanto, o posicionamento exarado no ano de 1991.

Nesse julgado, destacam-se duas questões norteadoras do voto vencedor: 1) a classificação da presunção de inocência como sendo um “princípio” e 2) a busca de um necessário equilíbrio entre esse “princípio” e o “princípio da efetividade da função jurisdicional penal”<sup>28</sup>.

Em resumo, o STF entende, desde o ano de 1991 até a presente data, que o enunciado normativo da presunção de inocência, tal como previsto no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, **deve ser classificado como um princípio** e, como tal, **pode ser ponderado e sopesado** em caso de eventual confronto com outros princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

Estabelecida nesses termos a controvérsia, em maio de 2016, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que recebeu o número 43 e, na seqüência, também o fez o Partido Ecológico Nacional (ADC nº 44).

Em ambas as ações, o que se pretendia era que o STF, agora em sede de controle direto de constitucionalidade com efeito *erga omnes*, harmonizasse a regra do art. 283 do CPP com o texto constitucional, de forma a declarar a constitucionalidade do dispositivo e reconhecer a impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da

<sup>28</sup> Voto do Ministro relator, Teori Zavascki, que poderá ser consultado por meio do seguinte endereço na internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

sentença penal condenatória.

### 3.1 As premissas estabelecidas nos votos dos Ministros

Em setembro de 2016, no julgamento da medida cautelar das ADCs n° 43 e 44, o Ministro Marco Aurélio (relator) deferiu a liminar pleiteada pelos autores das ações, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e, conseqüentemente, determinando a suspensão da execução provisória de sentenças penais sujeitas a recurso.

Em seu voto, o Ministro relator, **que não mencionou as teorias de Dworkin e Alexy, estabeleceu duas premissas**: 1) a presunção de inocência é um “princípio”; 2) o enunciado do art. 5º, inciso XLVII, da CRFB/88 não deixa margem para interpretações e controvérsias semânticas, “*a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior*”.

Em outubro de 2016, o julgamento em plenário foi retomado e o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu voto no sentido de conferir interpretação conforme ao art. 283 do CPP, excluindo a possibilidade de que o texto seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Reafirmando o voto proferido em sede de *habeas corpus*<sup>29</sup>, no qual **citou expressamente os teóricos** aqui estudados, **foram estabelecidas duas premissas**: 1) a presunção de inocência é um “princípio”; 2) as regras são aplicadas na fórmula do “tudo-ou-nada”, enquanto princípios devem ser ponderados.

Na mesma data e no mesmo sentido, assim firmaram-se **as premissas do voto do Ministro Gilmar Mendes**: 1) a presunção de inocência é um “princípio”; 2) aos princípios não se aplica a fórmula do tudo-ou-nada.

<sup>29</sup> Ainda que no julgamento das ADCs n.º 43/44 o Ministro Barroso não cite, expressamente, Alexy e Dworkin, ele deixa claro estar fazendo uso de suas teorias tanto pela fundamentação que apresenta como, ainda mais, por registrar que reitera os termos do voto proferido no HC n.º 126.292, no qual a citação é expressa. Para consulta: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160511-04.pdf>.

#### 4. A análise do julgamento com base na estrutura normativa

Conforme explicou-se, para que seja possível a aplicação das teorias de Alexy e Dworkin, tal como estabelecido como premissa dos votos de ao menos dois Ministros, torna-se indispensável a análise prévia da estrutura do enunciado normativo do art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88.

Nesse sentido, considerando-se o enunciado normativo “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” tem-se que:

- (i) Previsão: até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (condição jurídica)
- (ii) Operador deôntico: ninguém será (imposição)
- (iii) Consequência: considerado culpado

Em que pese à alteração na ordem dos elementos, de forma que a previsão e a estatuição encontram-se em posições invertidas no enunciado original, algumas conclusões imediatas podem ser retiradas da análise do dispositivo.

**Quanto à previsão**, trata-se de uma condição que depende da definição de um conceito jurídico, mas que, ainda assim, apresenta-se de forma determinada e específica no enunciado normativo, ou seja, ainda que o conceito de “trânsito em julgado” tenha que ser buscado em outra norma, ele é único e previamente determinado no enunciado.

Não há, portanto, nenhuma condição que precise ser identificada para além daquela que o próprio enunciado normativo determina: até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

**Quanto ao operador deôntico**, trata-se de um *dever-ser* negativo para o poder público, no sentido de proibir um determinado comportamento em relação aos acusados em processos penais.

**Quanto à estatuição**, há identificação prévia no próprio enunciado, não dependendo de nenhuma outra norma, em sentido contraposto, para delimitação de seu conteúdo.

Feitas essas considerações, nenhuma outra alternativa ou dúvida parece apresentar-se para a solução do problema: a presunção de inocência, tal qual prevista na CRFB/88, **é uma regra**.

Sendo assim, no que se refere aos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, que expressamente afirmaram que faziam uso das teorias de Dworkin e Alexy, o que se verifica é que ambos classificaram o enunciado normativo da presunção de inocência como sendo um princípio e não, como demonstrado acima, como uma regra.

O equívoco, ainda que não expresso (nenhum deles analisa especificamente o tema, limitando-se apenas a afirmar ratar-se de um princípio), parece decorrer da utilização de classificações tradicionais da doutrina brasileira a respeito do conceito da palavra “princípio” como mandamentos nucleares do sistema e não, como visto acima, partindo de uma distinção qualitativa entre duas espécies de normas jurídicas<sup>30</sup>.

Após essa definição equivocada da premissa 1 de seus votos<sup>31</sup>, ambos aplicaram a fórmula da ponderação, inerente aos princípios, quando, na verdade, deveriam ter aplicado a fórmula do tudo-ou-nada (premissa 2), inerente às regras.

## 5. Conclusões

Diante do exposto, é possível concluir que:

1. Não há uniformidade na utilização da palavra “princípio” na ciência do direito, sendo inúmeras as classificações doutrinárias que fazem uso da expressão para definir conceitos distintos.
2. Se ao tempo da solução de conflitos forem utilizadas as teorias desenvolvidas por Alexy e Dworkin, necessário verificar se a classificação adotada

<sup>30</sup> Não haveria nenhum problema na definição dessa primeira premissa com base na doutrina tradicional se, e somente se, os Ministros não tivessem se pautado nas teorias de Dworkin e Alexy para a solução do caso. Uma vez que se pautaram, NECESSARIAMENTE, a classificação deveria ter sido buscada, também, na obra dos teóricos.

<sup>31</sup> Interessante notar que, em artigo recentemente publicado, o Ministro Barroso apresenta a distinção entre princípios e regras com base na teoria nas teorias de Dworkin e Alexy. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, fev. 2015. ISSN 2238-5177.



para distinção entre princípios e regras também está baseada nos critérios por eles estabelecidos, levando em conta aspectos qualitativos das normas.

3. Para a correta utilização das teorias de Alexy e Dworkin na solução de conflitos normativos, é indispensável identificar previamente a espécie normativa que regulamenta o caso concreto.

4. A identificação da espécie normativa deverá ser feita a partir da análise dos elementos que integram a estrutura do enunciado da norma.

5. Dentre esses elementos, a indeterminação da previsão é característica encontrada apenas nas normas de princípio e pode ser utilizada, antes da aplicabilidade, como elemento de distinção.

6. O elemento estatuição também pode ser utilizado como critério suplementar de diferenciação, tendo em vista que poderá ser identificado nos princípios, em caso de conflito, em momento distinto de sua identificação no enunciado das regras.

7. A presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro deve, sob a ótica qualitativa da classificação de espécies normativas, ser definida como uma regra.

8. Os Ministros do STF definiram a presunção de inocência no direito brasileiro como um princípio e o fizeram com base nas tradicionais classificações doutrinárias e não, como necessário, com base em critérios qualitativos.

9. Ao adotarem a classificação da doutrina brasileira para identificação da espécie normativa e as teorias de Alexy e Dworkin para a solução de conflitos, os Ministros erraram na solução encontrada para o confronto entre o art. 5º, LVII, da CRFB/88 e o artigo 283 do CPP.

## 6. Bibliografia

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable, Un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. 1991. Madri.

ATIENZA Manuel/ MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios y reglas*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 10. 1991. Disponível

- em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk1q1>
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros. São Paulo, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Discursiva do Direito*. Tradução Alexandre Travesoni Gomes Trivisonno. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2014
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, fev. 2015. ISSN 2238-5177.
- DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coleção Teses. Editora Almedina. Coimbra, 2006.
- \_\_\_\_\_. *An experimental essay on the antecedent and its formulation* in: i-lex, 16, 2012, pp. 51 e ss (www.i-lex.it)
- DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2002.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37ª edição. Malheiros. São Paulo. 2014
- SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais. Conteúdos essenciais, restrições e eficácia*. 2ª edição, 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo, 2014.
- \_\_\_\_\_. SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, Em Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): pág. 607-630.

---

**A REFORMA LEGISLATIVA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA  
BRASILEIRA, A GLOBALIZAÇÃO E O PAPEL DA ADVOCACIA  
PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

---

**RAFAEL SÉRGIO LIMA DE OLIVEIRA<sup>1</sup>**

**DANILO ALVES DOS SANTOS<sup>2</sup>**

*Universidade de Lisboa (Portugal)*

*Membros da Advocacia-Geral da União – AGU*

*(Procuradores Federais/Brasil)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O atual cenário da legislação da contratação pública no Brasil; 2. O projeto de lei de licitação e contrato brasileiro; 3. A contratação pública, a globalização e os direitos fundamentais; 4. A Advocacia pública no cenário da contratação pública brasileira.

---

1 Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa e Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Brasil.

2 Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa e Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União. Brasil.

## INTRODUÇÃO

A legislação brasileira relativa à matéria de contratação pública é de 1993. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, é uma lei federal cujo objeto é a instituição de normas gerais de licitações e contratos da Administração Pública brasileira em todos os níveis da federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Há alguns anos que se reclama uma atualização na legislação brasileira, tendo em vista que de 1993 até os dias atuais muitas foram as mudanças ocorridas na Administração Pública e no mercado de que ela necessita. Alteraram-se os serviços, os bens, as formas de fornecimento, o regime de execução dos serviços, a maneira de garantir os contratos e outros pontos mais.

Desde de 2013 tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013 (PLS nº 559/2013), cuja ementa anuncia que o mencionado Projeto *Institui normas para licitações e contratos para a Administração Pública e dá outras providências*. A elaboração do projeto teve início com a constituição da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Ato do Presidente do Senado Federal nº 19/2013), colegiado que elaborou o texto. O PLS nº 559/2013 foi aprovado no Plenário do Senado Federal no dia 13 de dezembro de 2016, dependendo agora de aprovação pela Câmara dos Deputados e de sanção do Presidente da República. Na Câmara, o PLS nº 559/2013 foi transformado em Projeto de Lei nº 6.814/2017, razão pela ele será mencionado neste trabalho como o PL nº 6.814/2017<sup>3</sup>.

O intuito da nova legislação é, precipuamente, a modernização das leis brasileiras relativas à formação, formalização e execução dos contratos públicos. Para tanto, socorreu-se o Senado brasileiro de experiências vividas em outros países, o que é de fundamental importância. O tema da contratação pública é vital para ordem internacional globalizada que hoje vigora. A rigor, já há um certo ordenamento global nessa seara<sup>4</sup>. Há diversas normas internacionais de contratação pública vocacionadas

3 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.814, de 2017**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>>. Acesso em 14 de maio de 2017.

4 Cf. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Los Principios del Derecho Global de la contratación pública. In: **Revista de Derecho-UCU**. Segunda época. Año 12. Nº 13 (julio 2016) p. 198 e 205.

para a harmonização das regras e dos princípios do Direito dos Contratos Públicos dos países<sup>5</sup>. Sem dúvida, é na União Europeia que se pode verificar a implantação de uma sistematização internacional da matéria. As normas europeias de contratos públicos fazem parte de uma política da União de uniformização dos institutos da contratação pública nas terras do velho mundo, voltada para a construção de um mercado único. Porém, essa política enfrenta sérios obstáculos em razão das fortes diferenças existentes entre as culturas jurídicas e administrativas de cada nação<sup>6</sup>.

É sob esse enfoque que o presente estudo analisa a já referida reforma da legislação brasileira sobre contratos públicos. O contexto global vigente aponta para a contratação pública como um instrumento de concretização de políticas públicas de ordem econômica e social. Nesse ponto, merecem destaque os direitos fundamentais de segunda dimensão, quais sejam os econômicos e sociais. A consecução desses direitos demanda quase sempre uma postura positiva do Estado. São os direitos cuja satisfação exige uma prestação, o que muitas vezes o Poder Público executa por meio de um terceiro comprometido com o Estado por meio de um vínculo contratual. Além disso, a postura contratante do Estado é consideravelmente vultosa e, por isso, causa reflexos importantes na economia e influencia em aspectos ligados, por exemplo, à sustentabilidade e ao fomento às entidades de menor portes.

Além de um quadro legislativo capaz de concretizar todos os elementos mencionados acima, é preciso que os atores que trabalham com essas normas estejam preparados para tanto. Nesse trabalho se aponta para os Advogados Estatais, que como agentes públicos responsáveis pela interpretação das normas relativas aos contratos públicos, devem estar sintonizados com esses aspectos vigentes na ordem global para, na atividade de consultoria e assessoramento jurídico, orientar o gestor público e, na tarefa do contencioso judicial, oferecer ao Judiciário a hermenêutica condizente

5 Cf. RODRIGO, Susana Galera. Globalización Jurídica: la autonomía estatal en el marco de la economía de mercado. Referencia específica a la regulación de las compras pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 489-511.

6 ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação sustentável**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 61.

com os hodiernos valores vigentes na ordem global da contratação pública.

Para fazer a análise acima mencionada, será traçado o atual cenário da legislação brasileira sobre contratação pública e as linhas gerais da pretensa reforma, para depois se analisar a compatibilidade da proposta de nova lei brasileira com o cenário internacional, com destaque para o papel do Advogado Público no papel de concretização da missão dos institutos da licitação e do contrato administrativo.

## **1. O ATUAL CENÁRIO DA LEGISLAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL**

O Brasil é uma república federativa formada por vinte e seis Estados, um Distrito Federal, e por vários Municípios resultantes da divisão territorial dos Estados (artigo 1º, da Constituição de 1988<sup>7</sup>). Juntamente com a União Federal, entidade de direito público interno, cada um desses entes subnacionais tem autonomia administrativa e competência legislativa. Em matéria de contratação pública – licitação e contrato, como é usual se dizer no Brasil –, a competência para legislar é da União Federal no que diz respeito a aspectos gerais (artigo 22, inciso XXVII, da Constituição de 1988), restando para os Estados e os Municípios, assim como para o Distrito Federal, a formação da legislação sobre a temática no aspecto, respectivamente, regional e local.

Conforme já anunciado na introdução do presente trabalho, a principal lei brasileira de contratação pública já conta com mais de vinte anos. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>8</sup>, é uma lei ordinária federal (artigo 59, inciso III, da Constituição Brasileira de 1988) aplicável à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, pois editada com base no artigo 24, inciso XXVII, da Constituição de 1988. Essa lei é conhecida no Brasil como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos –

7 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1 de março de 2017.

8 BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1 de março de 2017.

LCCA. A rigor, esse diploma deveria prever apenas *normas gerais* de licitação<sup>9</sup> e contratação pública, mas a Lei nº 8.666/1993 desce a um nível de detalhes que é possível dizer que nela constam normas gerais e específicas<sup>10</sup>.

Após a promulgação da Lei nº 8.666/1993, entraram no ordenamento jurídico algumas outras leis sobre contratação pública cujo objeto era a alteração de alguns pontos da própria Lei nº 8.666/1993 ou a previsão de institutos cuja regulamentação era prevista em um diploma paralelo à Lei de 1993. É possível dizer que, de um modo geral, as modificações realizadas na Lei nº 8.666/1993 não geraram grandes alterações no sistema. Por outro lado, algumas das leis promulgadas para vigorar paralelamente à LCCA trouxeram para o ordenamento jurídico significativas mudanças que terminaram por repercutir na prática da contratação pública brasileira.

Merecem destaque a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002<sup>11</sup> – a Lei do Pregão –, e a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011<sup>12</sup>, norma que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Ambas trouxeram normas relativas aos procedimentos de formação dos contratos públicos, tendo a primeira instituído a modalidade do pregão, que seria o equivalente ao *concurso aberto* no Direito Europeu (artigo 26º da Diretiva 2014/24/UE), e a segunda trazido um regime diferenciado para as contratações necessárias para a realização dos grandes eventos

9 Licitação é como são chamados os procedimentos adjudicatórios no Brasil. Recebem essa designação inclusive pelo texto constitucional, conforme se verifica nos seguintes dispositivos: Artigos 22, inciso XXVII, 37, inciso XXI, 173, § 1º, inciso III, e artigo 175, todos da Constituição de 1988.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 25.

11 BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1 de março de 2017.

12 BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1 de março de 2017.

esportivos realizados nos últimos anos no Brasil, a Copa das Confederações da Fifa de 2013, a Copa do Mundo da Fifa de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. De se destacar que este regime diferenciado foi expandido mediante alterações legislativas e hoje também é aplicável a diversos setores considerados estratégicos pelo Estado brasileiro<sup>13</sup>.

O cenário acima traçado requer mudanças: primeiro, para modernizar a legislação principal que já conta com mais de vinte anos; segundo, porque a legislação encontra-se prevista em diversos diplomas que devem ser compilados em uma única lei para conferir mais coerência e organização a todo o sistema de contratação pública.

Foi com o foco nesses objetivos que o Senado Federal brasileiro criou em 2013 a Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Ato do Presidente do Senado Federal nº 19/2013), de cujo trabalho resultou o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013. O PLS nº 559/2013 foi aprovado no Senado Federal em 13 de dezembro de 2016 e já foi encaminhado para apreciação da Câmara dos Deputados<sup>14</sup> do Brasil, onde foi tombado como Projeto de Lei nº 6.814/2017, razão pela ele será mencionado neste trabalho como o PL nº 6.814/2017. Se aprovado, deverá seguir para sanção ou veto do Presidente da República (artigo 66, da Constituição de 1988).

## **2. O PROJETO DE LEI DE LICITAÇÃO E CONTRATO BRASILEIRO**

Como já dito, o Projeto de Lei nº 6.814/2017 é oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, que é resultado do trabalho da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos,

---

13 Pela redação atual da Lei nº 12.462/2011, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas é aplicável também para ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, às ações de segurança pública, às obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística e a ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

14 No Brasil o Poder Legislativo é bicameral, sendo exercido pelo Congresso Nacional que é formado pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados (artigo 44 da Constituição de 1988).



criada pela Presidência do Senado em 2013, para revisar a legislação vigente relativa à matéria de contratação pública e propor um projeto no qual houvesse a atualização e a modernização necessárias. Do trabalho da comissão resultou uma proposta que não foi exatamente essa aprovada pelo Senado, mas era bem parecida. O processo envolveu diversos atores. O próprio governo também participou do debate. Há outros projetos tramitando em paralelo, inclusive houve tentativa do Executivo de levar ao Congresso um texto seu, mas o consenso foi construído em cima do Projeto da mencionada comissão temporária com algumas alterações. Nesse contexto é que foi construído o PLS, que foi aprovado pelo plenário do Senado Federal em 13 de dezembro de 2016.

Mesmo após as alterações decorrentes da Lei do Pregão e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, há alguns anos que uma atualização é pedida no ordenamento jurídico brasileiro relativo à contratação pública. De 1993, ano da Lei nº 8.666, até os dias atuais várias foram as modificações ocorridas na Administração Pública e no mercado do qual ela se vale. Por isso, a Lei nº 8.666/1993 não está adequada aos dias atuais.

Para efeito de comparação, menciona-se aqui o caso da União Europeia, onde houve uma significativa alteração em matéria de contratação pública em 2004, com a Diretiva 2004/18/CE, tendo esse modelo de 2004 já sido revisado há três anos com a Diretiva 2014/24/UE. É verdade que o caso da União Europeia é peculiar, pois se trata de um regime unificado de contratação estatal que ainda está em construção. Mas, de toda forma, a comparação entre a norma de 2004 e a 2014 demonstra que a última decorreu da necessidade de modernização, ante os desafios vividos pelo Estado de hoje. Isso serve para demonstrar o quanto o Brasil necessita se voltar para sua legislação sobre contratação pública. Mesmo alterações por meio de leis adjacentes, como é o caso da Lei nº 10.520/2002 – a Lei do Pregão – e da Lei nº 12.462/2011 – a Lei do RDC –, não são suficientes porque criam microssistemas, mas mantêm a mesma matriz. O ideal, depois de tanto tempo e de tantas alterações, é a construção de

uma nova legislação para a modernização e compilação, aproveitando, neste ponto, as experiências positivas vividas. Por isso, percebe-se que a ideia do PL nº 6.814/2017 é a modernização da legislação e a compilação das leis existentes sobre licitações e contratos.

Sobre esse aspecto, do modo como se encontra o PL nº 6.814/2017, não há dúvidas de que ele avança se comparado à legislação atualmente vigente no Brasil. É verdade que alguns pontos poderiam ter tido avanços maiores. Aqui pode ser destacado a questão das parcerias para inovação, as certificações e as rotulagens como requisitos de habilitação e o critério de julgamento da proposta baseado na relação qualidade/preço.

É fato que o Projeto até enfrenta essas questões em alguma medida, mas não a ponto de solucionar os problemas hoje já constatados. Um exemplo que demonstra que o PL nº 6.814/2017 não enfrenta aquilo que era devido é o caso da figura do carona no registro de preço<sup>15</sup>. O carona, também conhecido como aderente, é aquela entidade pública que, depois de finalizado o procedimento adjudicatório realizado por outra entidade para registrar preço, busca utilizar esse procedimento para uma contratação. Como sua previsão se deu no ordenamento jurídico por regulamento<sup>16</sup>, a legalidade do aderente sempre foi tema bastante debatido no Brasil. O Projeto não traz essa figura, mas o § 1º do seu art. 77 diz que a “*contratação com base na ata de registro de preços somente poderá ser efetuada por órgão ou entidade gerenciadora e por órgão ou entidade participante, salvo em caso devidamente justificado*”. Ou seja, depois de tantas polêmicas sobre o carona, perde-se a oportunidade de enfrentar a questão e se deixa uma abertura, pois ressaltar a possibilidade de uso da ata por outros que não o gerenciador<sup>17</sup> e o participante<sup>18</sup> é deixar

15 O registro de preço é um procedimento voltado para contratações futuras, cuja previsão legal está no art. 15, II, da Lei nº 8.666/1993. É o equivalente ao acordo quadro e ao sistema de aquisição dinâmico do direito europeu.

16 Decreto nº 7.892/2013, art. 22, que se refere ao carona como órgão ou entidade não participante: BRASIL. **Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.** Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

17 Gerenciador é a entidade que promove o procedimento para registrar preço (art. 2º, III, do Decreto nº 7.892/2013).

18 Participante é a entidade que requer a utilização do procedimento para registrar preço antes do início da fase externa do certame (art. 2º, IV, do Decreto nº 7.892/2013).

espaço para que o carona a utilize. O melhor seria uma posição clara do legislador: ou pode ou não pode, e se possível, por se tratar de um tema sensível, regulamentar ou remeter a regulamentação para o Executivo. São casos como esses que poderiam ter tido avanços, mas não houve.

Em relação ao que Projeto avança, deve ser notado que o PL nº 6.814/2017 herda uma característica comum aos procedimentos do RDC e do pregão, que é a inversão da fase de julgamento e habilitação. Como já ocorre no RDC e no pregão, as demais modalidades de licitação passam a ter a fase de julgamento antes da habilitação. O novo texto admite que primeiro se realize a habilitação, mas só em casos nos quais exista a justificativa. Especificamente em relação à Lei do Pregão, essa modalidade foi incorporada pelo projeto com algumas poucas alterações em relação ao seu cabimento. No que toca ao RDC, ele não é previsto no Projeto como um procedimento específico. Muitos dos elementos que hoje são característicos do RDC são incorporados às modalidades<sup>19</sup> de licitação previstas no PL nº 6.814/2017. Em outras palavras, a modalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas acaba, mas o que lhe era peculiar passa a fazer parte dos demais procedimentos adjudicatórios. A título de exemplo, é possível citar a contratação integrada, o uso de registro de preços para obras, o critério de julgamento das propostas de maior retorno econômico para a figura do contrato de eficiência, o critério de julgamento de melhor conteúdo artístico e a possibilidade de sigilo do orçamento estimado da Administração.

Os pontos mencionados no parágrafo anterior podem ser considerados avanços porque trazem para os demais procedimentos adjudicatórios aspectos que antes eram exclusivos do pregão ou do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, mas não podem ser considerados propriamente inovação no ordenamento jurídico brasileiro, já que existiam no âmbito do pregão ou do RDC.

Sobre as inovações, existem diversos dispositivos do Projeto que representam uma inovação do ponto de vista legislativo, porque

---

19 No Brasil as diversas espécies de procedimentos adjudicatórios são conhecidas como modalidades de licitação.

se trata do avanço da lei em regular uma questão sobre a qual ela é omissa até o presente momento. Entretanto, a novidade legislativa contida no PL nº 6.814/2017 nem sempre representa a implantação de uma nova prática na contratação pública brasileira. O critério de julgamento das propostas com base no maior desconto, por exemplo, em que pese só houvesse legislação autorizando o seu uso no RDC, já era aplicado no pregão por ser uma forma de alcançar o menor preço. No projeto o critério de maior desconto passa a ter previsão como um tipo de licitação, razão pela qual pode se dizer que se trata de uma novidade do ponto de vista da lei, mas não na prática da licitação. Outro exemplo como esse é o credenciamento, que não tem previsão legal, mas que já era, ainda que de forma tímida, praticado. Destaca-se que a sustentabilidade deixa de ser uma finalidade, como está hoje na Lei nº 8.666/1993, para se tornar um princípio. Ainda sobre os princípios, é relevante notar que o Projeto prevê no art. 4º alguns cuja ausência é sentida na Lei nº 8.666, dentre os quais vale salientar o da motivação. São constantes os problemas em processos de contratação pública que decorrem da falta de exposição dos motivos que levaram à decisão. Há uma significativa mudança na distribuição das modalidades de licitação, com destaque para a criação do diálogo competitivo. Em relação aos contratos, merece menção a possibilidade de seguro da contratação no qual a seguradora assume a obrigação de concluir o objeto do contrato caso a contratada falte<sup>20</sup>, e a figura do contrato de execução continuada para bens e serviços, cuja vigência pode ser de até 5 (cinco) anos, renováveis por mais 5 (cinco).

Um ponto de forte impacto nas políticas públicas de uma nação<sup>21</sup> é o sistema dos procedimentos adjudicatórios dos contratos públicos. O PL nº 6.814/2017 não traz as alterações necessárias nesse aspecto. O concurso e o leilão são mantidos praticamente com a mesma configuração presente na Lei nº 8.666/1993. Em relação ao pregão, se

<sup>20</sup> Um instituto importado do direito americano denominado na língua inglesa de *performance bond*.

<sup>21</sup> Pela relevância da economia brasileira no mundo, o modo como seus contratos públicos são disputados tem uma considerável relevância na economia global. Sobre o assunto: RODRIGO, Susana Galera. Op. cit., p. 489-511.

comparado ao modelo atualmente vigente, ele é mantido com algumas poucas modificações relativas ao seu escopo, pois no PL ele passa a ser aplicável também para obras consideradas comuns cujo valor estimado do contrato seja inferior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e, por outro lado, deixa de ser aplicável às contratações para aquisição de bens e prestação de serviços consideradas de grande vulto<sup>22</sup> e a contratações de serviços de engenharia cujo valor estimado seja igual ou superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). O convite é mantido para a adjudicação de contratos de serviços, inclusive de engenharia, de bens e de obras com características especiais e cujo valor estimado seja inferior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). A concorrência fica destinada à adjudicação de contratos de serviços e de bens não considerados comuns; à contratação de obras e serviços de engenharia considerados comuns cujo valor estimado seja igual ou superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e às contratações para aquisição de bens e prestação de serviços consideradas de grande vulto. A grande novidade é o diálogo competitivo, cujo escopo é, embora a lei não utilize essa expressão, a adjudicação de contratos considerados complexos.

Realmente, o diálogo competitivo é a grande novidade do projeto em termos de procedimento de formação dos contratos. Trata-se de um instituto oriundo do Direito Europeu cujo foco inicial foi incentivar os Estados-Membros da União Europeia a promoverem parcerias público-privadas, as PPP's. A ideia subjacente nessa modalidade de licitação é a de que o setor privado pode contribuir para as soluções públicas. Por isso, ele é apropriado para aquelas situações nas quais o poder público sabe da sua necessidade, mas não sabe como supri-la. No diálogo competitivo, o objeto da contratação é concebido no curso da licitação. O procedimento é composto por 3 (três) fases: a qualificação, o diálogo propriamente dito e o julgamento das propostas. A primeira fase e a última pouco diferem do que existe na concorrência na forma como regulada hoje, sendo a fase de qualificação, digamos assim, equivalente à habilitação. Na etapa do diálogo

<sup>22</sup> Aquelas superiores a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), conforme definido no inciso XX do artigo 5º do PLS.

cada candidato apresenta a sua solução à Administração. Note que aqui é diálogo mesmo, pois cada licitante apresenta sua proposta de objeto do contrato de maneira individualizada para a Administração. Escolhida a solução, parte-se para o julgamento das propostas, que deve ocorrer de acordo com um dos critérios de julgamento previstos no PL. Essa modalidade é apta para casos extremamente complexos, sendo, por isso, de aplicação restrita. Na Europa, poucos são os países que se valem com frequência dessa espécie de procedimento<sup>23</sup>, apesar de o terem positivado no seu direito interno. Ele é bastante utilizado na Inglaterra e na França. Além disso, é preciso ter atenção na forma como ele está previsto no Projeto, pois possui algumas inconsistências. Por exemplo, se o Projeto for aprovado como está, o diálogo não poderá ser aplicado às PPP's<sup>24</sup>.

É possível dizer que o PL n° 6.814/2017 traz melhoramentos importantes. Ainda assim, acredita-se que há espaço para avançar mais. A limitação do uso do pregão, por exemplo, em razão do valor do bem ou serviço parece ir contra as experiências vividas com essa modalidade. No que diz respeito ao convite, não se enxerga razão para a sua manutenção no ordenamento jurídico, já que é uma modalidade licitatória que limita a concorrência e porque as razões que justificaram a sua existência no passado não existem mais nos dias de hoje<sup>25</sup>.

Além disso, apesar da previsão do diálogo competitivo, a matriz dos procedimentos adjudicatórios ainda continua rígida. No Direito Europeu, por exemplo, de onde se exportou o diálogo competitivo, existem mais dois procedimentos adjudicatórios dotados de fases flexibilizadas: o

---

23 Cf. OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. As Diretivas Europeias da Contratação Pública no Cenário Internacional: o caso do Diálogo Concorrencial. In: GONÇALVES, Rubén Miranda; PORTELA, Irene Maria; VEIGA, Fábio da Silva. **Paradigmas do Direito Constitucional Atual**. Barcelos: IPCA, 2017, p. 639-649.

24 O PL n° 6.814/2017 não revoga nem altera o art. 10 da Lei n° 11.079/2004, cujo texto diz que os contratos de parceria público-privada devem ser licitados por concorrência. Vale a nota de que o diálogo competitivo foi concebido para a adjudicação das PPP's e que se aprovado como atualmente se encontra o PL n° 6.814/2008 não poderá ser utilizado para licitar contratos de PPP's no Brasil.

25 O convite é um procedimento adjudicatória previsto atualmente na Lei n° 8.666/1993 e que tem previsão no Projeto de Lei n° 6.814/2017. Nessa modalidade há um déficit da concorrência porque, considerando o procedimento previsto no PL, sua publicidade é limitada a um anúncio no portal eletrônico da entidade adjudicante e ao envio de um convite a três possíveis interessados.

procedimento concorrencial com negociação e a parceria para a inovação<sup>26</sup>. Na verdade, percebe-se que no Brasil há uma preferência pela via da dispensa de licitação – contratação direta – em relação aos procedimentos adjudicatórios flexíveis. Isso não muda no PL em comento, pois o mesmo, assim como a Lei nº 8.666/1993, também traz um número considerável de casos de dispensa (art. 68 do PL nº 6.814/2017). Isso tem suas consequências. Um estudo realizado pelo Professor Nilo Cruz Neto com levantamento de dados do Painel de Compras do Governo Federal demonstrou que em 2016 pouco mais de 60% dos valores adjudicados pela União decorreram de contratação direta<sup>27</sup>. Nesse contexto, acredita-se que se deve pensar na adoção de algumas modalidades mais flexíveis – já experimentadas em outros ordenamentos – e aptas a selecionar as melhores soluções para a Administração.

Todos esses pontos são, em alguma medida, melhoras significativas no sistema de contratação pública brasileiro. Nota-se que a Administração Pública brasileira passa por um momento importante. A legislação de contratação pública de qualquer nação é fundamental para a qualidade dos serviços públicos prestados e para a implementação de políticas públicas das áreas econômica e social. Por isso, é importante que a sociedade, sobretudo aqueles que se envolvem diretamente com a matéria, se envolva nesse debate para que o PL possa ser aperfeiçoado na Câmara. Mas é preciso reconhecer que uma nova legislação não é o bastante. É preciso que os agentes envolvidos na interpretação e na aplicação dessa norma estejam conscientes dos desafios a serem enfrentados por esse diploma legal, a fim de que possa conferir à legislação a concretude capaz de solucionar os problemas que ela se propõe a resolver.

<sup>26</sup> Art's. 29º e 31º da Diretiva 2014/24/UE: EUROPA. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2014/24/UE**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2017.

<sup>27</sup> CRUZ NETO, Nilo. **Entrevista sobre as licitações para micro e pequenas empresas com o professor Nilo Cruz Neto**. Disponível em: <<<https://comunidades.enap.gov.br/mod/forum/discuss.php?d=76>>>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

### **3. A CONTRATAÇÃO PÚBLICA, A GLOBALIZAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais tradicionalmente têm como seu principal agente passivo o Estado. É ao Poder Público, ainda que de maneira indireta, a quem cabe garantir a obediência aos direitos fundamentais previstos numa dada ordem jurídica. No âmbito do Estado Social, como é o caso do Estado brasileiro, a relevância do Poder Público na satisfação dos direitos fundamentais é ainda maior. Nesse modelo de Estado não se elimina os direitos liberais do Estado Liberal e se somam a estes direitos de cunho econômicos e sociais que demandam para a sua realização uma prestação do Estado<sup>28</sup>.

Assim, é possível dizer que no Estado Social vigoram princípios como os da igualdade e da liberdade de atividade econômica, que são próprios do liberalismo, mas que a estes se somam valores voltados para a conformação desses princípios com a preservação dos interesses da coletividade e para a inclusão dos hipossuficientes na sociedade. Nesse quadro, a igualdade é vista como tratar o igual de forma igual e o diferente de maneira diferente. A liberdade de atividade econômica, por sua vez, é temperada por limitações que visam à proteção de interesses coletivos ligados a questões ecológicas, econômicas e sociais. Esses aspectos já tocam em pontos bem sensíveis da contratação pública porque mexem, por exemplo, com a questão da competitividade nos procedimentos adjudicatórios, que quase sempre é envolvida com discussões relativas à igualdade de tratamento à liberdade econômica.

Como se não bastassem os tópicos antes levantados, o fato de no Estado Social existir uma série de direitos fundamentais que exigem do Estado uma prestação aumenta a relevância do tema da contratação pública para os direitos fundamentais. Isto é, além de a atividade de contratar do Estado está fortemente relacionada com direitos fundamentais como os de liberdade de atividade econômica e de igualdade, ela também toca em

---

<sup>28</sup> Ao bem da verdade, na linha do que se observa na literatura, o Estado Social é a implantação do Liberalismo Social, pelo que pode ser considerado uma evolução do Estado Liberal. A esse respeito: ALMEIDA, Isabel Banond de. *História das Ideias Políticas*. Lisboa, Principia, 2014.



direitos que são típicos do Estado Social, como é o caso dos direitos à saúde, à educação, à alimentação e à moradia. O fato é que muitas das vezes a satisfação desses direitos ocorre por meio da contratação de um sujeito estranho à Administração Pública<sup>29</sup>. Nessa linha, a qualidade do contrato celebrado pela Administração Pública não pode ser considerada um mero interesse administrativo do Poder Público, pois que a contratação pública não é instrumento para a satisfação apenas dos interesses internos do Estado. Como já dito, é por meio do contrato público que muitos direitos fundamentais sociais são concretizados.

Há de se atentar ainda para a conhecida função instrumental das contratações públicas, consistente no uso da licitação para o fomento de práticas econômicas e sociais destinadas a influenciar no comportamento da sociedade com o intuito de, frequentemente, concretizar direitos fundamentais sociais e econômicos. Assim ocorre, por exemplo, com a inclusão dos requisitos de sustentabilidade nas definições dos bens e serviços a serem contratados pela Administração Pública e com as políticas de preferências às entidades de menor porte no bojo dos procedimentos adjudicatórios.

O que deve ser notado, ainda, é que essas questões jusfundamentais nas quais estão envolvidas a atividade contratual do Estado não são privativas do Brasil. Esses pontos estão em discussão na ordem global da contratação pública. A globalização levou à necessidade de harmonização do sistema de contratação pública, na medida em que esse sistema toca em pontos da vida humana que hodiernamente é globalizada. Sobre esse ponto, a Professora Maria João Estorninho realça uma internacionalização dos contratos públicos e, como consequência desse movimento, aponta os seguintes fenômenos: a desnacionalização do

---

29 Sobre esse ponto, é válido trazer a lição da Professora Maria João ESTORNINHO, Op. cit., p. 21 “Outras alterações são, no que diz respeito à atividade contratual da Administração, também típicas deste período de transição do Estado Liberal para o Estado Social. O alargamento dos fins do cargo deste novo Estado Providência, prestador de bens e serviços aos administrados justifica, não apenas o crescimento da máquina administrativa mas também a proliferação dos contratos, como instrumento privilegiado de colaboração de particulares com a Administração, nas referidas tarefas de prestação de bens e serviços”. No mesmo sentido: MATOS, André Salgado de; SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Direito Administrativo Geral: contratos públicos**. Tomo III. 2 ed. Lisboa: Leya, 2009, p. 40.

regime jurídico da licitação e dos contratos administrativos; o surgimento de um modelo internacional de contratação pública; e a forte influência das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos internos<sup>30</sup>.

Quanto a essa questão internacional, vale a menção das reformas da contratação pública atualmente correntes na União Europeia com a transposição para o ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros da Diretiva 2014/24/UE, que traz regras cujos valores subjacentes são a simplificação e a flexibilização dos procedimentos, a facilitação do acesso das entidades de menor porte aos contratos públicos e o uso da contratação pública como fomento ao respeito a direitos sociais e ao meio-ambiente<sup>31</sup>.

Nesse particular, o ordenamento jurídico brasileiro é considerado ainda bastante fechado<sup>32</sup>. Por exemplo, o Brasil não é parte no Acordo de Contratação Pública da Organização Mundial do Comércio (ACP-OMC) mesmo tendo um relevante papel na economia global. O referido Acordo é considerado por alguns autores o documento que consagra os princípios fundamentais da ordem global da contratação pública, quais sejam: o princípio de igual tratamento entre produtos e serviços nacionais e estrangeiros; o princípio da seleção competitiva do contratado (com a admissão de exceções a depender da natureza do contrato); o princípio da imparcialidade; o princípio da equidade; o princípio da transparência; e o princípio da cláusula do progresso científico ou tecnológico<sup>33</sup>.

Urge que o Estado brasileiro se abra para essas políticas da contratação pública, inserindo-se no contexto atual global e melhorando a qualidade da sua contratação, a fim de garantir direitos fundamentais a todos os que habitem o solo brasileiro.

#### **4. A ADVOCACIA PÚBLICA NO CENÁRIO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

30 ESTORNINHO, Maria João. Op. cit., p. 71.

31 Cf. RODRIGO, Susana Galera. Op. cit., p. 500.

32 Idem, p. 495.

33 Cf. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Op. cit., p. 202.

A Constituição brasileira de 1988<sup>34</sup> denomina de Advocacia Pública as instituições estatais destinadas a defender, judicial e extrajudicialmente, os interesses das entidades com personalidade de direito público e a prestar a essas mesmas entidades os serviços de consultoria e assessoramento jurídicos. As mencionadas instituições são a Advocacia-Geral da União – AGU, em âmbito federal, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal e dos Territórios - PGDFT e as Procuradorias-Gerais dos Estados - PGE. Apesar de não terem assento constitucional, merecem relevo neste trabalho as Procuradorias dos Municípios brasileiros e os escritórios jurídicos das empresas estatais brasileiras, pois desempenham, tal e qual as instituições da Advocacia Pública com assento constitucional, papel de suma importância na contratação pública.

Em matéria de licitação e contrato, a Advocacia Pública brasileira tem uma participação especial porque é requisito legal a aprovação na fase interna do procedimento das minutas dos instrumentos de convocação dos concorrentes e dos respectivos contratos. O Parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 determina: “*As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração*”. Assim, antes de iniciada a fase externa de um procedimento adjudicatório ou antes de ser assinado um contrato para o qual não seja obrigatório/possível a realização

<sup>34</sup> “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º. A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º. O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º. Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias’.

de licitação devem as minutas dos referidos instrumentos serem analisadas e aprovadas pelo órgão da Advocacia Pública responsável pela consultoria e assessoramento jurídicos da entidade adjudicante. Tal exigência legal tem como fundamento o princípio da segurança jurídica, na medida em que eventuais vícios presentes nos instrumentos tendem a ser constatados e sanados na análise do Advogado Público.

Nesse ponto, o PL nº 6.814/2017 avança porque admite que a análise jurídica seja dispensada pela autoridade máxima do órgão jurídico incumbido da consultoria da entidade licitante, devendo para tanto considerar aspectos como o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata dos bens ou a utilização de instrumentos padronizados pelo órgão da Advocacia Pública competente<sup>35</sup>. Entende-se que essa previsão de dispensa é digna de elogios porque consagra, juntamente com o princípio da segurança jurídica, o cânone da eficiência administrativa previsto no art. 37 da Constituição de 1988. Ademais, é, sem dúvida, uma postura legislativa condizente com a atual ideia global de flexibilização e simplificação dos procedimentos adjudicatórios.

O que merece reparo no PL nº 6.814/2017 é que ele se refere à necessidade de parecer jurídico prévio da minuta do edital de licitação<sup>36</sup>, não sendo expresso em relação à minuta do instrumento do contrato. Se assim for aprovado, um processo de contratação direta não deverá passar pela análise da Advocacia Pública, o que parece ser desarrazoado, já que os riscos de vícios relevantes para a qualidade da contratação podem se fazer presentes no instrumento convocatório e no contrato, motivo pelo qual a mesma razão que justifica a análise prévia do primeiro demanda a mesma análise *a priori* do segundo.

Ainda no que diz respeito às atividades de consultoria e assessoramento, os órgãos da Advocacia Pública também têm relevância na contratação pública, porque podem ser demandados a qualquer momento pela Administração Pública para sanar dúvidas jurídicas que envolvam

35 § 4º do art. 47 do PL nº 6.814/2017.

36 Art. 47, *caput*, do PL nº 6.814/2017.

pontos do contrato público.

Na atividade contenciosa referente aos contratos públicos, a Advocacia Pública também tem importância crucial porque são seus órgãos que fazem a defesa das posturas da entidade pública em juízo, devendo levar ao Judiciário todos os princípios que informam a contratação pública e a relevância dessa atividade estatal para a consecução dos direitos fundamentais vigentes.

Por tudo que foi exposto, é possível asseverar que o papel da Advocacia Estatal na contratação pública brasileira é de suma importância para a concretização dos direitos fundamentais. O Advogado Público está presente à montante do procedimento de formação do contrato público, motivo pelo qual é lícito dizer que seu papel é crucial para qualidade jurídica do procedimento e dos instrumentos utilizados para convocar os interessados no contrato e para formalizar a avença. Sendo a contratação pública, conforme asseverado no item 3, um meio de concretização de direitos fundamentais, a participação do Advogado Estatal nesse processo se relaciona umbilicalmente com a concretização dos direitos fundamentais, sobremaneira os de cunho social.

Ainda é de se asseverar que o Procurador da Administração Pública deve sempre buscar interpretar as normas da contratação de modo a conferir maior concretude aos direitos fundamentais e harmonizá-las com a ordem global relativa a sua temática. Nesse mister, assim como deve ocorrer com os demais agentes públicos, o Advogado Estatal deve ser inserido nessa ordem mundial para cumprir o papel de incluir o Estado brasileiro no contexto internacional dos contratos públicos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A legislação brasileira relativa à contratação pública carece de uma melhor sistematização interna e internacional. Atualmente o tema de licitação e contrato no Brasil está normatizado por uma lei geral e por uma série de normas esparsas que criam microsistemas capazes de desarmonizar internamente a legislação da matéria. Além disso, o Brasil ainda

é considerado um país fechado para alguns dos princípios da ordem global da contratação pública, razão pela qual carece de uma compatibilização da ordem interna com as normas internacionais.

Ademais, a principal lei brasileira sobre licitação e contrato administrativo já conta com mais de 20 (vinte) anos, o que é bastante tempo para uma matéria cujas mudanças são constantes. A reforma das normas de licitação e contrato no Brasil é necessária para que o sistema seja atualizado e modernizado, a fim de que o Estado consiga cumprir sua missão.

A necessidade da referida reforma se relaciona com a consagração de direitos fundamentais, pois muitos desses direitos são satisfeitos por meio de contratos administrativos. A qualidade da contratação pública é primordial para a consagração dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, merece realce o papel dos agentes públicos, dentre os quais se destaca o Advogado Estatal, que participa do processo de formação do contrato e, muitas vezes, é chamado a interpretar a legislação referente ao tema por meio de consultas dirigidas à instituição da Advocacia Pública. Esses profissionais necessitam da formação adequada, a fim de estarem atentos às questões jusfundamentais e à ordem internacional da contratação pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Isabel Banond de. **História das Ideias Políticas**. Lisboa, Principia, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.814, de 2017**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>>. Acesso em 14 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº-10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs-11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº-2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº-9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.** Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

CRUZ NETO, Nilo. Entrevista sobre as licitações para micro e pequenas

empresas com o professor Nilo Cruz Neto. **Disponível em:** <<<https://comunidades.enap.gov.br/mod/forum/discuss.php?d=76>>>. **Acesso em:** 22 de maio de 2017.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação sustentável.** Coimbra: Almedina, 2014.

EUROPA. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2014/24/UE**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2017.

MATOS, André Salgado de; SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Direito Administrativo Geral: contratos públicos.** Tomo III. 2 ed. Lisboa: Leya, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. As Diretivas Europeias da Contratação Pública no Cenário Internacional: o caso do Diálogo Concorrencial. *In:* GONÇALVES, Rubén Miranda; PORTELA, Irene Maria; VEIGA, Fábio da Silva. **Paradigmas do Direito Constitucional Atual.** Barcelos: IPCA, 2017, p. 639-649.

RODRIGO, Susana Galera. Globalización Jurídica: la autonomía estatal en el marco de la economía de mercado. Referencia específica a la regulación de las compras pública. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipo; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 489-511.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Los Principios del Derecho Global de la contratación pública. *In:* **Revista de Derecho-UCU.** Segunda época. Año 12. N° 13 (julio 2016) p. 189-217.



---

**A PONDERAÇÃO GENÉRICA COMO INSTRUMENTO DE  
INTERFERÊNCIA JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO  
BRASIL: UM ESTUDO A PARTIR DO FORNECIMENTO DE  
MEDICAMENTOS NÃO APROVADOS PELA ANVISA**

---

**BRUNO SACRAMENTO<sup>1</sup>**

*Universidade de Lisboa (Portugal)*

*Membro da Advocacia-Geral da União – AGU*

*(Advogado da União/Brasil)*

**SUMARIO**

Introdução. 1. O fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA. 1.1. Panorama Normativo. 1.2. Panorama jurisprudencial. 1.2.1. Da Judicialização da Saúde. 1.2.2. Medicamentos não aprovados: quadro geral. 1.2.3 Medicamentos não aprovados. Exceção: Fosfoetanolamina Sintética. 2. Decidindo por ponderação: entre Alexy e a prática judicial, alguns problemas fundamentais. 2.1 Considerações iniciais. 2.2 Antes da ponderação: subsunção

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul/BR, Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa/PT.

ou escolha? A discricionariedade na seleção dos princípios a ponderar. 2.3 Ponderação e liberdade de conformação legislativa. 3. Conclusão.

## **Introdução**

Há, no Brasil, no contexto daquilo que se denominou «judicialização da saúde», uma questão muito debatida no Judiciário: na concretização do direito fundamental à saúde, deve o Estado ser condenado ao fornecimento de medicamentos não aprovados pela Agência Brasileira de Vigilância Sanitária (ANVISA)?

Para que se possa entender a pergunta, necessário registrar que nos últimos vinte anos, houve um crescimento exponencial de ações judiciais que buscam obter prestações de saúde por parte do Poder Público, especialmente cirurgias e medicamentos.

O Judiciário passou a garantir, assim, o acesso a esses medicamentos quando o Poder Público não cumpre a política pública, entregando gratuitamente os medicamentos previstos em listas e em programas de saúde.

Em uma atuação mais ativista, passou a determinar a concessão também de medicamentos que não estão previstos nas políticas públicas, mas que foram indicados em prescrição médica apresentada pelo autor do processo.

A questão que se coloca, entretanto, vai além, referindo-se àqueles processos judiciais em que o medicamento requerido, além de estar fora da política pública prevista na legislação, ainda não foi aprovado e registrado pela ANVISA para comercialização no país.

O registro ocorre toda vez que, após a solicitação de um laboratório farmacêutico, a agência avalia a segurança e eficácia de um medicamento novo, de modo a possibilitar a introdução no mercado brasileiro. De modo simplificado, cabe à Agência, por meio de seu corpo técnico, avaliar os estudos existentes relativos ao novo fármaco, certificando-se que seja eficaz, sendo capaz de promover os benefícios prometidos, e que seja seguro, que seus efeitos colaterais sejam conhecidos e controlados, e que não venha a

trazer maior prejuízo do que benefício à saúde da população<sup>2</sup>.

É nesse contexto, então, que se coloca o questionamento sobre a possibilidade de o Judiciário determinar ao Estado o fornecimento de medicamento não registrado.

Em um «quadro geral»<sup>3</sup>, pode-se dizer que a legislação infraconstitucional aponta para a impossibilidade, mas as decisões judiciais oscilam. Recentemente, nova lei criou uma exceção, permitindo o fornecimento de um medicamento específico (Fosfoetanolamina Sintética) mesmo sem a aprovação da ANVISA. A lei, entretanto, teve sua eficácia suspensa logo depois por decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se pode perceber, o exercício da atividade de fiscalização e controle, e a exigência de registro dos medicamentos a ser realizado por órgão vinculado ao Executivo (ANVISA) tem gerado divergência entre as outras duas funções estatais. Quando o Legislativo exige o registro, o Judiciário muitas vezes dispensa. Quando o Legislativo dispensa o registro, o Judiciário exige.

As duas questões ainda estão em aberto. A possibilidade de o Judiciário dispensar o registro e determinar o fornecimento de qualquer medicamento, bem como a excepcional dispensa legal do registro no caso da Fosfoetanolamina estão aguardando decisão final por parte do Supremo Tribunal Federal.

O propósito do trabalho, entretanto, não é responder à questão de fundo: se o registro deve ser exigido ou não. Esta questão é apenas exemplificativa e servirá de ponto de partida para a análise de um fenômeno maior: a imposição das escolhas judiciais sobre as escolhas legislativas no Brasil, por meio de uma prática ativista ligada às ideias do neoconstitucionalismo, e instrumentalizada por uma problemática ponderação de princípios, apenas inspirada na «teoria principialista dos

<sup>2</sup> Também cabe à ANVISA regular o preço que o medicamento será comercializado no país. Isso significa dizer que os medicamentos sem registro costumam ter um custo significativamente maior, pois o Estado acaba pagando o preço estipulado unilateralmente pelo laboratório.

<sup>3</sup> A partir daqui, passa-se a utilizar a expressão «quadro geral» para designar as regras aplicáveis a todos os medicamentos, exceto um: a Fosfoetanolamina Sintética.

direitos fundamentais», do jurista alemão Robert Alexy.

Assim, na primeira etapa, de caráter eminentemente descritivo, será feita uma exposição do panorama normativo e jurisprudencial envolvendo o tema dos medicamentos não registrados. Na segunda etapa, de caráter crítico, serão feitos alguns apontamentos com base na análise das decisões judiciais mencionadas, chamando atenção para dois pontos específicos: a liberdade de conformação legislativa e a metodologia utilizada para a seleção dos princípios objeto da ponderação.

## **1. O fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA**

### **1.1 Panorama normativo**

A Constituição brasileira de 1988 é dotada de um amplo catálogo de direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais (artigo 6º), rol em que está inserido o direito à saúde. Seu regime constitucional está determinado pelas normas extraídas dos artigos 196 a 200.

Assim, é dever do estado garantir mediante políticas públicas o acesso universal e igualitário às ações de saúde (artigo 196). Cabe ao Poder público regulamentar, fiscalizar e controlar as ações de saúde, podendo executá-las diretamente ou através de terceiros (artigo 197). Todas as ações e os serviços de saúde integram o Sistema Único de Saúde (SUS), por meio do qual a saúde é efetivamente prestada, estando previstos na Carta suas diretrizes e formas de financiamento (artigo 198). Entre outras tarefas, compete ao SUS controlar e fiscalizar produtos e substâncias de interesse para a saúde, bem como realizar a vigilância sanitária (artigo 200). Simplificando e para o que importa nesse trabalho, ilustra-se duas normas que podem ser extraídas do dever do estado de prestar saúde e de fiscalizar produtos, substâncias e realizar a vigilância sanitária:

- (i) N<sup>1</sup> O estado deve fornecer medicamentos<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(ii) N<sup>2</sup>O estado deve garantir a segurança dos medicamentos<sup>5</sup>.

A norma extraída do texto do artigo 196 (i) densifica, portanto, o direito fundamental à saúde em sua dimensão prestacional. Sua estrutura deôntica impõe ao sujeito passivo direto – o Estado – a implementação de políticas públicas, prestações de saúde, em favor do sujeito passivo indireto – a população brasileira.

Já a norma extraída do artigo 200 (ii), por sua vez, densifica o direito fundamental à saúde em sua dimensão de proteção. Com estrutura deôntica semelhante, impõe ao Estado o dever de fiscalizar e controlar as substâncias e produtos de saúde, realizando a chamada farmacovigilância. Nesse sentido, o Estado protege os cidadãos contra possíveis agressões ao direito fundamental à saúde perpetradas por atos de terceiro, especialmente os laboratórios farmacêuticos, garantindo que não venham a causar males à saúde e que efetivamente tragam algum ganho terapêutico, ou seja, a segurança e a eficácia dos medicamentos introduzidos no mercado brasileiro.

Em observância aos comandos constitucionais, foi editada a lei n.º 8.080/90, chamada lei orgânica do SUS, estabelecendo «condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços». Embora complementada por outras leis e atos infralegais, é o principal ato normativo que regula a política pública de saúde.

No que se refere às prestações de saúde, prevê assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (artigo 6, I, d), que consiste na dispensação à população de medicamento prescrito em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas nos protocolos clínicos (artigo 19-M) ou nas relações de medicamentos elaboradas pela união, estados e municípios (artigo 19-P).

Em resumo, o Ministério da Saúde elabora protocolos estabelecendo o tratamento para cada doença, incluindo os fármacos recomendados. Se

---

<sup>5</sup> Artigo 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde (...); II - executar as ações de vigilância sanitária (...).

o paciente for atendido dentro do sistema público e forem prescritos os medicamentos previstos, tem direito a recebê-los gratuitamente. Se não houver protocolo elaborado para determinada doença, poderá receber ainda os medicamentos estabelecidos nas relações de medicamentos.

Especificamente sobre os medicamentos não aprovados e registrados na ANVISA, há quatro normas proibitivas.

No âmbito do SUS, o artigo 19-T, da lei 8.080/90, prevê que «são vedados, em todas as esferas de gestão do SUS(...)a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa».

Ainda de forma mais ampla, referindo-se também ao mercado privado, há semelhante previsão no artigo 12, da Lei 6.360/76, editada antes da criação da ANVISA, cujo artigo 12 proíbe a industrialização, exposição à venda, ou entrega ao consumo antes do registro.

Com base no artigo 66, da mesma lei, tais condutas são consideradas infração administrativa.

Por fim, demonstrando a relevância do bem jurídico tutelado – a saúde –, a utilização de medicamento não aprovado pela ANVISA é tipificada como crime no código penal brasileiro (artigo 273, parágrafo 1º, b, I). Assim, quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo produtos terapêuticos ou para fins medicinais sem o registro na vigilância sanitária, incide em uma pena severa: 10 a 15 anos de prisão, e multa. Conduta, aliás, punida também na forma culposa (artigo 273, parágrafo 2º)<sup>6</sup>.

Em sede infraconstitucional, portanto, são quatro as normas proibitivas. Além das criadoras de infrações administrativa e penal acima transcritas, destaca-se as seguintes normas, que apresentam relação de especialidade declarativa:

- (iii) N<sup>3</sup> É proibido o fornecimento pelo Sistema Único de Saúde de medicamento sem registro.

---

<sup>6</sup> A norma penal tem sido aplicada normalmente pelos tribunais, cf: Habeas Corpus nº 201001213232, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 05/09/2012.

- (iv) N<sup>4</sup> É proibida a entrega ao consumo de medicamento sem registro

O quadro geral, portanto, é claramente proibitivo. Mas há exceção: a fosfoetanolamina sintética.

Trata-se de droga experimental para o tratamento do câncer. Ainda em estudos na Universidade de São Paulo, não possui, portanto, aprovação e registro na ANVISA.

Tendo seu estudo obtido grande repercussão na mídia, passou a ser requerida judicialmente, até que em abril de 2016, foi publicada a lei n.º 13.269, que expressamente autorizou a distribuição deste medicamento sem registro, norma permissiva que criou exceção às normas proibitivas citadas:

- (v) N<sup>5</sup> É permitido o fornecimento do medicamento Fosfoetanolamina Sintética a pacientes de câncer<sup>7</sup>.

## 1.2 Panorama jurisprudencial

### 1.2.1. Da Judicialização da Saúde

Como já referido, a determinação judicial para que o Estado (união, estados e municípios) forneça medicamentos aos cidadãos, incluindo os medicamentos não aprovados pela ANVISA, se insere dentro daquilo que se denominou como «judicialização da saúde».

Considerando que os direitos fundamentais catalogados na constituição federal não podem ser considerados «promessas inconsequentes»,<sup>8</sup> passou-se a conferir a eles maior efetividade, com evidente destaque ao direito à saúde.

Deixando-se de lado a classificação tradicional que enquadrava os direitos sociais como normas programáticas, dependentes de regulamentação infraconstitucional, as decisões começaram a determinar ao Estado o fornecimento de medicamentos gratuitos com base na aplicação direta das

7 Artigo 4º Ficam permitidos a (...) dispensação, posse ou uso da fosfoetanolamina sintética, direcionados aos usos de que trata esta Lei, independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância.

8 Expressão utilizada pelo Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário nº 271.286, STF, julgado em 14/11/2000.

normas que consagram os direitos fundamentais na constituição.

Em consequência, esse tipo de demanda cresceu exponencialmente nos tribunais, ganhando aplausos pela louvável preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, mas críticas pelo ativismo e por ter assumido controle de parcela significativa do orçamento público da saúde, causando dificuldades financeiras e administrativas aos entes públicos.

Em uma análise sintética do comportamento dos tribunais, pode-se dizer que evoluiu de uma fase inicial passiva, em que nem mesmo se julgava esse tipo de demanda, até o um quadro de absoluto ativismo, concedendo-se todo tipo de cirurgias e medicamentos, desde os já previstos nas políticas públicas, até os experimentais, sem aprovação da ANVISA e de alto custo.

Pode-se dizer, entretanto, que já houve algum recuo<sup>9</sup>. Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão que exerce controle externo do Judiciário brasileiro, começou a realizar encontros para discussão do tema e expediu algumas orientações aos juízes<sup>10</sup>, de alguma forma limitando o cenário de quase descontrole. Importante também nesse recuo foi o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n° 175, pelo Supremo Tribunal Federal, que fixou determinadas diretrizes na matéria.

### **1.2.2. Medicamentos não aprovados: quadro geral**

Pode-se afirmar que a concessão dos medicamentos não aprovados pela ANVISA obedeceu a mesma evolução. Já passou por uma fase de maior concessão, para um momento de maior restrição.

Entretanto, a já referida «Recomendação n° 31», do Conselho Nacional de Justiça, bem como os enunciados das Jornadas de Direito da Saúde, promovidas pelo mesmo órgão, não são categóricos, mas sinalizam

9 Nesse sentido, interessante anotar a posição do Ministro Luís Roberto Barroso. Mesmo tendo um perfil reconhecidamente ativista, nesta matéria vem sendo um crítico da atuação do Judiciário. Já em 2008, apontou que o “sistema pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”, caracterizando as decisões como extravagantes e emocionais. BARROSO, Luis Roberto: “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)>, acesso em 18/01/2017.

10 Recomendação n° 31, de 30/03/2010, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>, acesso em 18/01/2017.



no sentido de que se deve «evitar» a determinação de fornecimento de medicamentos não aprovados ou em fase experimental, salvo prova da evidência científica e de necessidade premente<sup>11</sup>.

Assim, ainda que haja essa orientação restritiva, e que a maioria dos julgamentos resultem em improcedência, ainda é expressivo o número de decisões concessivas. E diante do cenário normativo proibitivo acima descrito, releva verificar as razões que sustentam essas decisões, os fundamentos utilizados que possibilitam superar a vedação legal.

Em uma análise da jurisprudência, incluindo tribunais de segundo grau e tribunais superiores, extrai-se que as decisões concessivas são apoiadas em uma «ponderação», e a exigência do registro é afastada casuisticamente com base no direito fundamental à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Em algumas decisões, o fundamento utilizado é apenas o direito fundamental à saúde.<sup>12</sup> Em outras, é o direito à saúde em conjunto com o direito à vida.<sup>13</sup> Ainda há aquelas que determinam o fornecimento de medicamento não registrado com base nos três argumentos juntos.

Em suma, as decisões dispensam o registro e determinam a concessão dos medicamentos, afastando as normas proibitivas de forma excepcional, tendo em vista que, no confronto com estas, devem prevalecer os direitos fundamentais em jogo.

Em exemplo lapidar dessa linha decisória, em que se utilizou os três argumentos, afirmou-se que *«não há qualquer violação aos artigos 19-T, II, da Lei 8.080/90 e 273, §1º-B, I, do Código Penal, pois a liberação excepcional de medicamentos sem registro na ANVISA pelo Poder Judiciário baseia-se em regras*

11 Enunciado nº 06, da I Jornada (2014): “A determinação judicial de fornecimento de fármacos *deve evitar* os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”.

Enunciado nº 50, da II Jornada: “*Salvo prova da evidência científica e necessidade premente*, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label”. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10acc7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>, acesso em 18/01/2017.

12 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 626.341, julgado em 02/08/2010. Nesse caso, argumentou-se que “*o direito à saúde emana diretamente da norma constitucional e que, sob pena de haver um esvaziamento da garantia constitucional*, o Estado deve fornecer os medicamentos, mesmo que não registrados ou só existentes no mercado internacional”.

13 Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento nº 00297108920134030000, julgado em 31/10/2014.

e princípios constitucionais, os quais se sobrepõem a tais normas”. Mencionou-se, assim, que “o direito à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, tem sabidamente status de direito fundamental, possuindo estreita ligação com os direitos à vida e à dignidade humana. (...) Nesse prisma, as normas dos artigos 19-T, II, da Lei 8.080/90 e 273, §1º-B, I, do Código Penal não podem ser invocadas para deixar de fazer prevalecer os direitos à saúde e à vida e o princípio da dignidade humana”<sup>14</sup>.

Da leitura das decisões, percebe-se claramente que se coloca o conflito entre as normas de direitos fundamentais e as normas infraconstitucionais proibitivas. O resultado é o afastamento destas no caso concreto sem, entretanto, declará-las inconstitucionais.

Por fim, é ainda necessário frisar que quando alegado que o Judiciário estaria substituindo a função da ANVISA, ligada ao Executivo, a violação à separação de poderes é afastada porquanto, no dizer do Ministro Humberto Martins, do Superior Tribunal de Justiça, «não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador», sendo «uma distorção pensar que o princípio da separação dos Poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais».<sup>15</sup>

### **1.2.3. Medicamentos** não aprovados. Exceção: Fosfoetanolamina Sintética

Em um momento inicial, as decisões envolvendo a Fosfoetanolamina Sintética seguiram a mesma lógica das referentes aos outros medicamentos não aprovados, com diversas determinações de fornecimento, por se considerar que os princípios do direito à saúde, à vida e a dignidade da pessoa humana deveriam prevalecer sobre as normas que exigiam registro.

Entretanto, curiosamente, após a publicação da Lei nº 13.269/2016, que expressamente criou exceção para permitir a concessão deste medicamento sem registro, a situação praticamente se inverteu.

A razão é que em 19 de maio de 2016, pouco mais de um mês após a publicação da lei, o Supremo Tribunal Federal suspendeu sua eficácia,

<sup>14</sup> Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento nº 00143180720164030000, julgado em 25/11/2016.

<sup>15</sup> Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.136.549/RS, julgado em 08/06/2010.

concedendo liminar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501.

A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma é inconstitucional. Os argumentos utilizados para sustentar a inconstitucionalidade da lei excepcional e, portanto, exigir o registro da ANVISA, foram de que a norma iria de encontro aos direitos à saúde, à vida, à dignidade da pessoa humana e, ainda, haveria violação ao princípio da separação de poderes, porquanto o legislador estaria assumindo para si uma atividade tipicamente executiva.<sup>16</sup> A decisão final da ação direta ainda está pendente de julgamento.

Nos juízos inferiores, após a referida decisão liminar, apesar de alguns deferimentos,<sup>17</sup> a grande maioria dos pedidos de Fosfoetanolamina é negada.

## 2. Decidindo por ponderação: entre Alexy e a prática judicial, alguns problemas fundamentais

### 2.1. Considerações iniciais

<sup>16</sup> Pela importância do julgado para a sequência do trabalho, inclui-se pequenos trechos dos votos vencedores que refletem a posição dos Ministros. Os trechos foram retirados de notícia publicada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, eis que o inteiro teor da decisão não está disponível.

Para o Ministro Marco Aurélio Mello: «O direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano(...)há ofensa ao postulado da separação de Poderes, uma vez que não cabe ao Congresso Nacional viabilizar a distribuição de qualquer medicamento, mas sim, à Anvisa».

Já o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que a liberação do medicamento afronta o Direito à Saúde. Há violação à reserva de administração, uma vez que, ao autorizar o uso da fosfoetanolamina sem cumprimento das exigências legais de realização de testes clínicos e de registro sanitário, «o Poder Legislativo substituiu o juízo essencialmente técnico da Anvisa, por um juízo político, interferindo de forma indevida em procedimento de natureza tipicamente administrativo».

O Ministro Teori Zavascki asseverou: «É certo que o legislador pode disciplinar a matéria. O Sistema Único de Saúde (SUS) atua nos termos da lei, todavia, não parece constitucionalmente legítimo que o legislador, além de legislar, assumira para si uma atividade tipicamente executiva».

Por fim, a posição do Ministro Lewandowski: «Não me parece admissível que hoje o Estado – sobretudo no campo tão sensível que é o campo da saúde, que diz respeito **à vida e à dignidade da pessoa** – possa agir irracionalmente, levando em conta razões de ordem metafísica ou fundado em suposições que não tenham base em evidências científicas». Notícias do STF, disponível em: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>.

<sup>17</sup> Cfr., por exemplo: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Agravo de Instrumento nº 00049379220174010000, julgado em 24/04/2017.

Da narrativa acima, ao menos dois pontos chamam atenção: o desprestígio das opções legislativas e a metodologia das decisões judiciais<sup>18</sup>.

O primeiro fenômeno salta aos olhos na análise da jurisprudência. As normas que exigem o registro na ANVISA para o fornecimento dos medicamentos em geral são muitas vezes desconsideradas. Não se trata de interpretação criativa, interpretação conforme ou inconstitucionalidade. Elas são consideradas constitucionais, mas não são aplicadas. Já a norma que, excepcionalmente, permitiu o fornecimento de medicamento para o tratamento do câncer sem o registro na ANVISA, foi rapidamente suspensa por decisão liminar em função de sua inconstitucionalidade. Quer dizer: quando a norma exige o registro, não é aplicada; quando dispensa o registro, é suspensa. E o mais curioso: pelos mesmos fundamentos, direito à saúde, à vida, e a dignidade da pessoa humana.

O segundo ponto é a metodologia das decisões. Todas elas são amparadas em direitos fundamentais, tratados como princípios constitucionais que «prevalecem» no caso concreto. As decisões não partem da subsunção do fato à norma, mas da «ponderação» dos direitos ou dos valores envolvidos. Percebe-se, assim, que tal metodologia tem nítida inspiração na «Teoria Princípalista dos Direitos Fundamentais», de Robert Alexy<sup>19</sup>. Como se sabe, a teoria alexyana teve grande acolhida em diversas partes do mundo. No Brasil, ocupa papel de destaque na doutrina e nos tribunais, não sendo exagero dizer que se tornou lei, eis que a ponderação de inspiração alexyana foi até mesmo incorporada no novo Código de Processo Civil brasileiro<sup>20</sup>.

Entende-se que essa constante preponderância do decidido pelo juiz sobre o decidido pelo legislador tem por base, por um lado, a consolidação de um neoconstitucionalismo antipositivista<sup>21</sup>; por outro, uma

18 Esses dois pontos não são observados apenas na matéria tratada neste trabalho. Ao contrário, podem ser verificados nas mais diversas áreas do direito brasileiro, sendo o fornecimento de medicamento não registrado pela ANVISA apenas um exemplo particularmente interessante para a análise do problema.

19 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, traduzido por Virgílio Afonso, 2008.

20 Segundo o artigo 489, § 2, da Lei 13.105/2015, “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

21 FERRAJOLI critica essa corrente doutrinária que tem grande aceitação no Brasil. Para o jurista italiano, «es equívoca la expresión «positivismo jurídico», em el significado asociado

disfunção institucional, com uma grave crise do Legislativo e uma postura ativista do Judiciário<sup>22</sup>. Na prática judiciária, instrumentaliza-se com a discricionariedade judicial amparada pelo julgamento com base quase que unicamente em princípios e por uma ponderação ampla, *sui generis*<sup>23</sup>.

Essa prática judicial, entretanto, apresenta diversos problemas, a começar por certa incoerência<sup>24</sup> e instabilidade<sup>25</sup>. Sabe-se, entretanto, que

---

a ella para subrayar su contraposición al (neo)constitucionalismo. En efecto, pues mientras se adopta una noción ampliada del constitucionalismo, del positivismo, por el contrario, se propone una noción restringida, a través de su identificación – antes que con la idea de la positividad del Derecho – con la idea de la primacia de la ley estatal y de los parlamentos y, por lo mismo, con el modelo paleo-positivista del Estado legislativo de Derecho. De este modo, el (neo)constitucionalismo resulta concebido, antes que como un nuevo y más desarrollado paradigma iuspositivista, como una superación del próprio positivismo, em sentido antipositivista». (FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, in: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 34, p. 18-19)

22 É assente na doutrina brasileira a conexão entre crise do Legislativo, neoconstitucionalismo e ativismo judicial no Brasil, não sendo possível aprofundar o ponto em razão dos limites do trabalho. Nesse sentido e para um relato histórico-evolutivo, cf. SARMENTO, Daniel, O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>>, pp. 6 e ss. Para semelhante abordagem evolutiva, cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), in: Revista de Direito Administrativo FGV <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>.

23 O uso excessivo e o método utilizado nessa ponderação têm recebido muitas críticas, sendo comumente chamada de «ponderação à brasileira», «genérica» ou «geleia». Nesse sentido, cf. BARCELOS, Ana Paula. Ponderação racionalidade e ativismo judicial, 2005, p. 2 e 3; e SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça?, in: Direito e interpretação: racionalidades e instituições, São Paulo, Direito GV, p. 287-305, 2011.

24 Como já mencionado, em muitos julgados, observa-se a norma legal que exige o registro na ANVISA; em outros casos, ela simplesmente não é aplicada. Quando o registro é dispensado, o fundamento é o direito à saúde; ou à saúde e à vida; ou à saúde, à vida e a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, aplicava-se a norma que permitiu o fornecimento de Fosfoetanolamina sem registro. Após, foi concedida liminar suspendendo os efeitos da lei, em razão de sua inconstitucionalidade. Os fundamentos? Os mesmos: direito à saúde, à vida e a dignidade da pessoa humana. Fica patente, assim, a falta de coerência e de racionalidade, eis que o mesmo argumento serve para justificar a exigência ou a dispensa do registro na ANVISA, sempre ao contrário do que determinou o legislador. Além disso, nessa decisão se entendeu que ao dispensar o registro por meio de lei, a o Legislativo violou a Separação de Poderes, exercendo “atividade tipicamente executiva”, mas quando Judiciário dispensa o registro nas decisões judiciais, não considera que há essa violação. Nesse caso, há algo ainda mais estranho. Em consulta à jurisprudência, verifica-se que atualmente há um percentual de decisões concessivas superior quando se tratam de outros medicamentos registrados quando comparados com o percentual de concessões da Fosfoetanolamina. Ou seja, nos casos em que a lei proíbe, há maior percentual de deferimento do que nos casos em que a lei permite. Evidentemente, esse quadro se formou depois do deferimento da liminar por parte do STF para suspender o dispositivo da lei n 13.269/2016. Entretanto, não deixa de ser uma situação inusitada.

25 As decisões são marcadas pelo casuismo e imprevisibilidade. Ilustrativo no ponto é o próprio julgamento do mencionado Recurso Extraordinário nº 657.718, que deve definir a posição final do Judiciário sobre a possibilidade de determinar o fornecimento de medicamentos

a coerência e a previsibilidade da argumentação, o que inclui o respeito a precedentes, são essências para garantir racionalidade de uma decisão baseada em uma ponderação. Uma consistente argumentação é, aliás, essencial para a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional<sup>26</sup>.

É fácil observar, assim, que desse emaranhado de normas e decisões, várias são as questões que poderiam ser objeto de uma análise mais detalhada. Entretanto, elegeram-se apenas duas. A primeira envolve a forma como são eleitos os princípios que serão objeto da ponderação; a segunda diz respeito à ponderação judicial e a redução do papel do legislador, especialmente na elaboração das políticas públicas. Esses tópicos permitirão a análise de problemas crônicos envolvendo interação entre a teoria alexyana dos direitos fundamentais e a prática judicial brasileira nela inspirada.

## **2.2. Antes da ponderação: subsunção ou escolha? A discricionariedade na seleção dos princípios a ponderar**

É de todos conhecida a lição de Robert Alexy de que a forma de aplicação das regras e dos princípios é um dos elementos que os diferenciam. Enquanto as regras se aplicam por subsunção, os princípios se aplicam por ponderação.

A ponderação é, na verdade, a técnica para resolução de colisão entre princípios. Com ela, decide-se qual dos princípios em conflito terá maior peso no caso concreto e terá precedência.<sup>27</sup>

Como aos direitos fundamentais tem caráter essencialmente de princípio, quando há conflito entre eles, a solução se dá pela ponderação. Mas a questão é: como se sabe quais os princípios que devem ser ponderados

---

não registrado, em face da proibição legal. O relator no Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio Mello, apresentou seu voto 15 de setembro de 2016, negando a possibilidade de fornecimento, tendo em vista que representaria risco à saúde da população. Entretanto, menos de duas semanas depois, em 28 de setembro de 2016, retificou seu voto, para concordar com o fornecimento, desde que o medicamento esteja registrado no país de origem.

<sup>26</sup> Sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional através de uma representação essencialmente argumentativa, cf. Alexy, *Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade*, in: ALEXY, Robert. *Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade*, in: Encontro com Alexy. BFD 88, p. 523-526, 2013.

<sup>27</sup> Robert Alexy, *op. cit.*, p. 93 e 94.

em determinado caso concreto? Evidentemente, pela subsunção<sup>28</sup>.

E aqui parece estar um dos primeiros problemas que podemos identificar nas decisões citadas neste trabalho. A ponderação parece não ser precedida por uma verdadeira subsunção, mas por uma livre escolha, acumulando-se direitos fundamentais do lado do conflito que se objetiva ser o vencedor<sup>29</sup>.

Considerando-se as normas constitucionais e realizando-se a subsunção para determinar quais são aplicáveis, temos:

- (vi) Se há «proibição do fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA»
- (vii) N<sup>1</sup> O estado deve fornecer medicamentos<sup>30</sup>
- (viii) N<sup>2</sup> O estado deve garantir a segurança dos medicamentos<sup>31</sup>

Ocorre que, como se viu, diante de um pedido de medicamento não registrado, as decisões concessivas dispensam o registro tendo em vista o direito fundamental à saúde, mas apenas levam em conta a N<sup>1</sup> (vii), o dever de o estado fornecer medicamentos. Não há, nas decisões, a aplicação do direito fundamental à saúde decorrente da N<sup>2</sup> (viii), o dever de o estado garantir a segurança dos medicamentos.

E mais: muitas vezes, além de não se referir a N<sup>2</sup> (viii), como forma de dar maior peso a um dos lados do conflito, são acrescentados o direito fundamental à vida e a dignidade da pessoa humana.

28 Esse é um ponto da doutrina Alexyana que tem merecido críticas, tendo em vista que, ao contrário do afirmado pelo autor, a subsunção seria assim técnica aplicável tanto para as regras quanto para os princípios, na etapa prévia à ponderação. Nesse sentido, cf. DUARTE, David. 15 minutos para 15 páginas: duas dúvidas para um problema essencial, p. 531-532, 2012;

29 Possivelmente influenciado pelo que ocorre nos tribunais brasileiros, mas dirigindo sua crítica à discricionariedade judicial presente na teoria de Alexy, Lênio Streck questiona: “quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão? (...) o juiz?”. STRECK, Lênio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy, in *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, p. 348, 2013.

30 Artigo 196, CF.

31 Artigo 200, I e II, CF.

Para completar, da leitura dos julgados, parece que o conflito se estabelece entre esses direitos fundamentais e as normas infraconstitucionais que exigem o registro, sem, entretanto, considerá-las inconstitucionais<sup>32</sup>, mencionando-se apenas que no caso concreto aqueles direitos fundamentais prevalecem, razão pela qual o medicamento deve ser fornecido.

Antes da lei 13.269/2016, da mesma forma era desenhado o conflito nas concessivas de fosfoetonolamina. Já quando o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da norma que permitia o uso desse medicamento sem registro, evocou apenas a N2 (viii), o dever do estado de garantir a segurança dos medicamentos, o correspondente direito fundamental à saúde na sua dimensão de proteção. Da mesma forma, acrescentou que a norma que dispensa o registro fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde.

Ou seja, verifica-se que a formação do conflito não se dá verdadeiramente por uma subsunção prévia, mas por uma escolha, sendo colocados princípios, como o direito à saúde, à vida e a dignidade da pessoa humana, de um ou de outro lado, de forma a dispensar o registro quando a lei exige, ou exigir o registro quando a lei dispensa.

Essa situação realça a necessidade de, na etapa prévia à ponderação, aplicar também as normas de resolução de conflitos. Se a aplicação dessas normas não for suficiente para resolver o conflito e, assim, dispensar a ponderação, ao menos prepara, desenha o real conflito normativo que será objeto de ponderação.

No caso do fornecimento de medicamento não aprovado pela ANVISA, entende-se que o conflito normativo ocorre apenas entre N1 (vii) e N2 (viii), em decorrência da aplicação do princípio da especialidade. A normas referentes ao direito à vida e ao direito à saúde estão em uma relação de especialidade declarativa nesse caso. Nesse sentido, o direito à saúde também tutela a situação em que determinada pessoa sofre de uma patologia cuja gravidade coloque em risco sua própria vida. Pensar diferente, seria entender que o direito fundamental à saúde só se refere às doenças

---

<sup>32</sup> Esse ponto será melhor tratado posteriormente.



leves, e não àquelas mais graves, o que parece não fazer sentido. Além disso, também não há que se aventar o envolvimento real da dignidade da pessoa humana no conflito estabelecido nesse tipo de ação judicial. Sua utilização é apenas fruto da adoção menos rigorosa do conceito de dignidade ou de uma concepção excessivamente ampliada<sup>33</sup>.

Desse modo, e para concluir o ponto, fica claro que a ponderação realizada nas decisões possui, entre suas deficiências, esse grave aspecto: a ponderação parece se estabelecer entre normas escolhidas de modo discricionário, na medida em que se mostrem mais úteis na argumentação para se alcançar determinado resultado. Assim, como consequência, há uma ainda maior discricionariedade judicial, com ampla liberdade para resolver o conflito, mas também para construí-lo.

Além disso, ao construir o conflito argumentando apenas com base em N<sup>1</sup> (vii) nas decisões que dispensam o registro, ou com base apenas em N<sup>2</sup> (viii), nas decisões que exigem, não se está, afinal, refletindo o real conflito constitucional. Não se trata, assim, de realmente ponderar as normas constitucionais em conflito de modo a analisar se determinado norma infraconstitucional, normalmente instituidora de determinada política pública, pode ser considerada proporcional e constitucional, mas de escolher uma das normas constitucionais, negando por completo a força normativa da outra.

### 2.3. Ponderação e liberdade de conformação legislativa

Uma das clássicas críticas à «teoria dos princípios» de Alexy é a de que retiraria por completo a margem de liberdade de conformação do legislador.<sup>34</sup> Se os princípios são «mandamentos de otimização» que devem ser aplicados na maior medida possível, e os direitos fundamentais são

33 Nesse sentido, e tratando especificamente desse tipo de conflito na Justiça Brasileira: NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Almedina: Coimbra, 2016, p. 185.

34 Sobre essa discussão, com resumo das principais críticas e seu contraponto, cf. - SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes*, in: *La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy coord. por Jan-R. Sieckmann*, p. 243-260, 2011.

considerados essencialmente princípios, então não restaria outra opção ao legislador a não ser concretizar esses direitos fundamentais de forma ótima, no ponto máximo, e isso tudo considerando todos os direitos fundamentais e em todas as possíveis hipóteses de conflito.

Aliando-se a isso o exercício de um forte controle de constitucionalidade, com ampla margem de ponderação judicial, a verdade é que nada sobraria ao legislador, todas as verdadeiras decisões seriam tomadas pelos tribunais, com base na constituição, que sobre tudo já disporia. Bastaria, então, convocar o tribunal para dotar de validade o conteúdo normativo da constituição, o que faria diminuir consideravelmente a importância do processo democrático<sup>35</sup>.

Alexy<sup>36</sup>, em resposta, defende que não há esse aniquilamento do papel do legislador em razão da adoção da «teoria dos princípios», tendo em vista que a ela está ligada a «teoria da discricionariedade ou deferência». Alexy reconhece que há casos em que há espaços decisórios garantidos à discricionariedade legislativa.

Nesse sentido, há a «discricionariedade estrutural», que é tudo aquilo que as normas constitucionais nem obrigam, nem proíbem. Ela se divide em discricionariedade para definir objetivos, para definir meios e para sopesar. Há, ainda, a «discricionariedade epistêmica», que ocorre nos casos de incerteza empírica e normativa. Quando é incerto aquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em razão dos direitos fundamentais, há discricionariedade epistêmica.

Ligado a isso, importante lembrar que a teoria de Alexy reconhece a existência dos «princípios formais», aqueles que possuem um caráter procedimental, dentre os quais releva o da «competência decisória do legislador», segundo o qual as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático<sup>37</sup>. Esse princípio fundamenta as

---

35 Essas críticas, neste parágrafo reproduzidas, foram resumidas pelo próprio Robert Alexy, no posfácio de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*: op. cit, p 576-578.

36 Idem, *ibidem*, p. 584 e sgs.

37 Idem, p. 138.

diversas formas de discricionariedade que o tribunal garante ao legislador.<sup>38</sup> Esse princípio formal deve, então, ser sopesado junto com os princípios materiais<sup>39</sup>, normalmente direitos fundamentais, que estão em colisão, garantindo-se ou, no mínimo, levando-se em conta a competência decisória do legislador<sup>40</sup>. Aqui, também, ganha espaço a ideia da «paridade». Quando há uma paridade entre diferentes formas de se garantir uma «solução ótima», e elas estiverem em uma relação de paridade, não havendo como definir ou sendo muito difícil justificar por meio da argumentação jurídica que uma é melhor que outra, deve-se prestigiar o princípio formal da competência decisória do legislador, abstendo-se o tribunal de substituir a «solução ótima» do legislador pela sua<sup>41</sup>.

Enfim, para Alexy, é dever de um tribunal constitucional respeitar a discricionariedade, o que acarreta uma redução da intensidade com que a fiscalização da constitucionalidade interfere com o princípio da democracia<sup>42</sup>.

Importante lembrar que esses conceitos fazem parte da teoria alexyana, sendo essas suas respostas àqueles que temem pelos excessos que a adoção da «teoria principialista dos direitos fundamentais» pode acarretar no que se refere a uma atuação expansiva dos tribunais perante o legislador. São limites, reduzem o poder de fogo do tribunal otimizador e concretizador de direitos fundamentais.

E aqui reside o grande problema: os tribunais brasileiros vem adotando a «teoria principialista», mas não seus limites. Consideram o caráter essencialmente principiológico dos direitos fundamentais, os aplicam como «mandamentos de otimização», mas desconsideram a discricionariedade legislativa estrutural e epistêmica. Não incluem no sopesamento o princípio

---

<sup>38</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>39</sup> Idem, p. 611.

<sup>40</sup> Nesse sentido, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais, in: Fernando Alves Correia et al (orgs.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, p. 923, 2012.

<sup>41</sup> Idem, *ibidem*, p. 933.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade, in: Encontro com Alexy. BFD 88, p. 519, 523-526, 2013.

formal da «liberdade decisória do legislador».

No direito à saúde, as decisões que concedem medicamentos não disponíveis pelo sistema público de saúde afastam as leis e normas infralegais que regulam a política pública, que escolhem o medicamento X ou Y, para o tratamento de determinada doença, nem mesmo questionam se haveria «discricionariedade estrutural para definir meios» ou «discricionariedade epistêmica» na concretização do direito fundamental a saúde, no que se refere ao dever de prestação (artigo 196, CF).

Não há também questionamento se as normas infralegais que, por um lado, determinam o fornecimento de uma série de tratamentos e, por outro, proíbem o fornecimento daqueles não aprovados pela ANVISA, não envolveriam uma «discricionariedade estrutural para sopesar» os princípios constitucionais envolvidos, especialmente as normas extraídas dos artigos 196 e 200, incisos I e II, da Constituição Federal.

E no caso do afastamento da norma da lei n.º 13.269/2016, que sopesou de forma diferente ao permitir o fornecimento da Fosfoetolamina, privilegiando o dever de prestação ao dever de proteção, por considerar que o medicamento era promissor para o caso de uma doença tão grave como o câncer, haveria uma «discricionariedade estrutural para sopesar» ou uma «discricionariedade epistêmica empírica»?

Não se está tomando partido sobre as questões concretas, se as normas representaram boas ou más escolhas do legislador e se deveriam ou não ser declaradas inconstitucionais. A questão a ser sublinhada é apenas que a «teoria da discricionariedade» ou «da deferência», fundada no princípio formal da «competência decisória do legislador», não parece ser levada em consideração.

E essa desconsideração à lei e ao legislador vai ainda mais longe. A prática judicial brasileira muitas vezes aplica apenas a constituição, como se lei não houvesse. Não se trata, portanto, apenas de um controle de constitucionalidade intenso, que acaba por declarar a inconstitucionalidade das normas sem questionar eventual existência de discricionariedade legislativa, tampouco de decisões isoladas. Exemplo disso são justamente as

decisões concessivas que fornecem os mais variados tipos de medicamentos requeridos, independentemente do que está previsto na política pública regulada pela lei.<sup>4344</sup>

Outro exemplo é justamente a já multicitada norma do artigo 19-T, da Lei 8.080, é afastada apenas no caso concreto em decorrência da «prevalência» do direito fundamental à saúde (ou à vida, ou dignidade da pessoa humana). Seu afastamento não decorre de uma interpretação criativa. Não há também uma interpretação conforme a constituição. Parece ser simplesmente o resultado de uma ponderação genérica, que inclui normas de hierarquias diferentes e que, pode-se imaginar, possivelmente se ampare erroneamente na ideia de que, em face da colisão envolvendo princípios, seria possível estabelecer uma relação de precedência no caso concreto, sem declaração de invalidade da norma de hierarquia inferior.

De todo o exposto, extrai-se ao menos uma certeza: a liberdade de o Legislativo definir como o direito fundamental à saúde deve ser concretizado, seja no seu caráter prestacional, seja no de proteção, e de o Executivo implementar a política pública conforme a legislação, foram drasticamente reduzidas por meio de uma atuação judicial que substituiu facilmente a ponderação legislativa pela ponderação judicial.

### 3. Conclusão

Atualmente, há uma profunda interferência do Judiciário nas políticas públicas implementadas no Brasil. Se é absolutamente salutar levar ao crivo judicial eventuais lesões aos direitos fundamentais, há sérias dúvidas se um excesso de protagonismo, amparado em uma ponderação genérica, amplamente discricionária, não ultrapassa os limites do aceitável em um estado democrático de direito.

43 Pelos limites do trabalho, não cabe aqui entrar na discussão da «proibição da proteção insuficiente» e do «mínimo existencial». Sem entrar na discussão, pode-se pensar nas decisões que fornecem medicamentos de ponta e de alto custo, que, inclusive, são a grande maioria daqueles que ainda não receberam a aprovação da ANVISA, muitas vezes comercializados ainda em poucos países desenvolvidos. Nesses casos, não se trata de mínimo, mas de máximo.

44 Essa afirmação é de fácil comprovação, basta realizar uma pesquisa jurisprudencial nos tribunais brasileiros para se verificar que, apesar de a lei regular o fornecimento de medicamentos e tratamentos em saúde, a maioria das decisões se limita a falar sobre o direito fundamental à saúde, dever do estado e direito de todos, conforme artigo 196 da Constituição federal.

Na quadra atual, decide-se de forma marcadamente ativista. No exemplo da saúde, o Judiciário decide o que é melhor, o que é seguro, e ainda administra grande parte do orçamento público. As normas legais parecem ter um peso cada vez menor na decisão judicial. São comumente declaradas inconstitucionais ou, não raro, desconsideradas, como se observa no caso do artigo 19-T, da lei n.º 8.080/90, ou pela própria necessidade de edição da Súmula Vinculante n.º 10.

A partir do caso do fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA, procurou-se analisar esse fenômeno, investigando especialmente a metodologia utilizada nas decisões, seu marco teórico e alguns equívocos cometidos.

No cenário brasileiro amplamente influenciado por um «neoconstitucionalismo principialista»<sup>45</sup> e antipositivista, defende-se a valorização dos princípios, em detrimento das regras, o fortalecimento dos direitos fundamentais e o destacado papel do juiz como responsável pela concretização dos valores constitucionais. No Brasil, essas ideias foram potencializadas, tendo em vista a existência de uma constituição analítica e com extenso rol de direitos fundamentais.

Nesse contexto, naturalmente a ponderação surge como principal forma de aplicação do direito, em detrimento da subsunção. Ocorre que, mesmo diretamente vinculada às ideias da extremamente difundida «teoria dos princípios», de Robert Alexy, a ponderação realizada na prática processual brasileira em muito se distancia daquela defendida pelo jurista alemão. Na «ponderação à brasileira», como se viu, é possível envolver princípios constitucionais e normas infraconstitucionais, possibilitando sejam estas desaplicadas sem declaração de inconstitucionalidade ou interpretação conforme. Ainda, é possível que uma argumentação muito semelhante, baseada nos mesmos direitos fundamentais, seja utilizada para fundamentar decisões em sentidos opostos. Fica evidente, assim, a falta de previsibilidade e racionalidade decorrente desse tipo de ponderação, baseada em uma argumentação jurídica incapaz de legitimar a decisão em

---

<sup>45</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 23.

um regime democrático.

Nessa conjuntura de utilização da ponderação como instrumento de imposição da vontade judicial sobre a vontade legislativa, dois pontos chamam atenção.

O primeiro é a eleição dos princípios que serão incluídos na ponderação. Possivelmente influenciada pela clássica lição alexyana de que «as regras se aplicam por subsunção e os princípios por ponderação», que, entretanto, nada diz sobre a etapa anterior, referente à seleção dos princípios em conflito, a «ponderação à brasileira» é realizada com base em uma «escolha» de princípios, orientada mais pela ideia de reforço da argumentação vencedora. Não é realizada uma subsunção prévia, necessariamente acompanhada dos métodos clássicos de resolução de conflito, como, por exemplo, o critério da especialidade. Esse procedimento aumenta sobremaneira a discricionariedade judicial e adultera o real conflito normativo decorrente da aplicação da constituição ao caso concreto. Como consequência, a pretexto de se dar efetividade a determinados princípios constitucionais, muitas vezes acaba-se negando normatividade a outros, àqueles que deveriam, mas não foram eleitos para a ponderação, e que muitas vezes não são nem mesmo mencionados nas decisões, como ocorre com a norma extraída do artigo 200, incisos I e II, da Constituição Federal.

O segundo ponto é a adoção de apenas parte das ideias alexyanas, considerando-se os direitos fundamentais essencialmente como princípios a serem otimizados sem, entretanto, influenciar no sopesamento o princípio formal da «competência decisória do legislador» e a «teoria das discricionariedades», estrutural e epistêmica. Assim, utiliza-se tão somente a parcela da teoria que concede maior poder de fogo ao Judiciário «otimizador» dos direitos fundamentais, e não aquela que o ameniza. Decorrência natural, portanto, é o fortalecimento do papel da decisão judicial e o enfraquecimento da lei na concretização dos direitos fundamentais.

Se algumas das críticas à teoria alexyana defendem que sua adoção transformaria o estado legislativo em um estado judicial, parece que, no Brasil, isso em parte vem se confirmando, ao menos no que se refere ao

controle das políticas públicas com base em uma ponderação de princípios que não observa os pressupostos teóricos da teoria inspiradora e tampouco se coaduna com os princípios do estado democrático de direito e da separação de poderes.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade**, in: Encontro com Alexy. BFD 88, p. 519, 523-526, 2013;

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso, 2008;

ALEXY, Robert. **Princípios Formales**, in: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 37, 2014, pp. 15-29;

BARCELOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e ativismo judicial**, 2005;

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015;

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)>, acesso em 11/01/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, 2009 <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/>



view.php?id=47743> Acesso em 25/01/2017;

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, in: Revista de Direito Administrativo FGV <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>> Acesso em 18/01/2017;

DUARTE, David. **15 minutos para 15 páginas: duas dúvidas para um problema essencial**, in: Encontro com Alexy. BFD 88; p. 531-532, 2013;

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**, in: Cuadernos de Filosofía del Derecho, p. 15-53, 2011;

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana, vol. II – Dignidade e Inconstitucionalidade**. Almedina: Coimbra, 2016;

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**, in: Neoconstitucionalismo(s), edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2005;

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. <[Http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/290444](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/290444)> Acesso em 21/01/2017;

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais**, in: Fernando Alves Correia et al (orgs.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, p. 923, 2012;

SILVA, Virgílio Afonso da. **Ponderação e objetividade na interpretação constitucional**, in: Direito e interpretação: racionalidades e instituições, Ronaldo Porto Marcedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), São Paulo, Direito GV/Saraiva, p. 363-380, 2011;

SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoría de los principios, competencias para**

- la ponderación y separación de poderes**, in: La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy coord. por Jan-R. Sieckmann, p. 243-260, 2011;
- STRECK, Lênio Luiz. **Porque a discricionarietà é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**, in Revista Direito e Práxis, vol. 4, n. 7, p. 348, 2013;
- SIECKMANN, Jan-R. **Los derechos fundamentales como principios**, in La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy coord. por Jan-R. Sieckmann, p. 27-50, 2011;
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça?**, in: Direito e interpretação: racionalidades e instituições, São Paulo, Direito GV, p. 287-305, 2011;
- TRINDADE, André Karam; MORAES, Fausto Santos de. **Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira**, in: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 53, p. 57-84, 2011.
- POSCHER, Ralf. **Aciertos, errores y falso autoconcepto de la Teoría de los principios**. in La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy coord. por Jan-R. Sieckmann, p. 71-92, 2011;

---

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O  
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE O ESTADO  
REGULADOR NO DIREITO BRASILEIRO**

---

**EDSON MOURA SANTOS<sup>1</sup>**

*Universidade de Lisboa (Portugal)*

*Membro da Advocacia-Geral da União – AGU*

*(Procurador Federal/Brasil)*

**SUMÁRIO**

1. Introdução; 2. Princípio da legalidade: evolução e sentido; 3. O poder normativo das agências reguladoras: 3.1. A teoria da deslegalização; 3.2. O poder regulamentar; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito e Ciência Jurídica – Especialização em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa.

## 1. INTRODUÇÃO

As agências reguladoras ou autoridades administrativas independentes traduzem na atualidade uma verdadeira mudança nos rumos da evolução do papel do Estado frente à sociedade. O Estado Regulador representa uma mudança nos paradigmas anteriormente adotados, condensando muitas das suas ideias e trazendo novos instrumentos para consecução dos novos objetivos que se descortinam.

Neste cenário, o Estado dotou as agências reguladoras de determinados poderes para que atuem na coordenação dos agentes envolvidos no mercado, disciplinando e fiscalizando o exercício das atividades.

O poder normativo das agências reguladoras insere-se neste cenário de mudanças profundas promovidas pela Reforma do Estado no Brasil, a reboque de uma tendência mundial, travando com o princípio da legalidade uma das principais discussões no direito público brasileiro.

Com efeito, a análise do poder normativo atribuído às agências reguladoras implica necessariamente abordar os limites e o sentido adotado pelo princípio da legalidade, na medida em que os contornos deste princípio produzem reflexos no exercício daquele poder, sendo, portanto, realidades que caminham entrelaçadas.

O objetivo do presente trabalho reside justamente na forma pela qual o direito brasileiro busca compatibilizar a função normativa dos agentes reguladores com o princípio da legalidade, uma das colunas estruturantes do Estado moderno. Especial relevância assume o tema na medida em que cada vez mais a dimensão regulatória impacta a vida das pessoas, notadamente nas áreas estruturais, tais como energia, transportes, comunicação, ou seja, setores essenciais e sensíveis ao desenvolvimento da sociedade moderna.

O tema provoca grandes discussões na doutrina brasileira, conforme se observa da multiplicidade de teorias que buscam solucionar a problemática.

Tendo isso em conta, e diante dos estreitos limites do presente trabalho, a abordagem circunscrever-se-á ao ordenamento jurídico brasileiro, ocupando-se de analisar os pontos centrais das principais teses que em nosso entender auxiliam na resolução da questão, sem prejuízo de ultrapassar as fronteiras em busca de contributos da doutrina estrangeira, designadamente a portuguesa.

## 2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: EVOLUÇÃO E SENTIDO

Questão das mais discutidas e tormentosas enfrentadas pelas agências reguladoras vem a ser a existência de eventual conflito entre o seu poder normativo e o princípio da legalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade encontra-se previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) e, mais especificamente em relação à Administração Pública, no artigo 37, *caput* (“a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”).

Referido princípio deita suas raízes no século XVIII, com a queda do Absolutismo e a ascensão do liberalismo, na esteira das mudanças capitaneadas pela Revolução Francesa.

No intuito de conter essa ilimitação de poderes concentrados no monarca, a classe burguesa buscou, sob o influxo da Revolução Francesa, traçar mecanismos de contenção e vinculação da atuação do Estado. Neste panorama de ascensão de um novo modelo de Estado, começam a ser desenhados os primeiros contornos do princípio da legalidade. A partir de então, toda e qualquer atuação do Estado passa a se submeter à ordem jurídica, ao Estado de Direito.

Conforme assinalado por Diogo Freitas do Amaral<sup>2</sup>, a lei surge como um limite à atuação do Estado de Direito liberal, traduzindo-se na

<sup>2</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 44-45.

proibição de praticar atos contrários às normas legais. Por meio dessa formulação negativa, consagra-se a primeira configuração do princípio da legalidade. Por sua vez, em relação ao administrado, o princípio é enxergado como uma garantia da sua liberdade.

Esse novo arranjo do Estado, com amparo na teoria da separação dos poderes, acabou – contraditoriamente ao movimento revolucionário – por perpetuar a figura do monarca que, se de um lado perdeu a sua soberania ilimitada, passou a fazer parte do novo modelo, figurando como chefe do Poder Executivo. Essa contradição não passou despercebida por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado De Matos<sup>3</sup>, que enfatizaram este compromisso assumido pelo princípio da legalidade na formação da estrutura do novo formato de Estado. Assim, enquanto a sociedade era representada pelo parlamento – expressão do Poder Legislativo –, a realeza se reinventava, corporificando o Poder Executivo.

Assim, concluem os autores que o liberalismo oitocentista e os compromissos políticos assumidos na formação do Estado Liberal são ideias intrínsecas ao espírito do princípio da legalidade.

Tal essência também foi destacada por Sérvulo Correia ao realçar que é justamente no “*princípio jurídico da reserva de lei ou conformidade que o cunho histórico do liberalismo se imprime com indiscutível originalidade*”<sup>4</sup>, caracterizando o princípio da legalidade administrativa como “*um fruto histórico do liberalismo*”<sup>5</sup>. No mesmo sentido, Paulo Otero assevera que “*o princípio da legalidade é um produto directo da filosofia inspiradora do movimento liberal*”<sup>6</sup>.

Como se vê, o princípio da legalidade é fruto das lutas políticas

3 REBELO DE SOUSA, Marcelo/ SALGADO DE MATOS, André. *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, 2ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2006, p. 159.

4 SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 20.

5 *Ibid.*, p. 19.

6 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina 2003, p. 45.

travadas na Europa do século XVIII que deram ensejo à ascensão de uma nova classe social ao poder e teve a especial missão de selar um novo arranjo de organização do Estado.

Se no início houve o que a doutrina denominou de “mitificação” do princípio da legalidade, com o passar do tempo a incompletude das leis vem à tona demandando a atuação da Administração e da jurisprudência para colmatar o vácuo normativo.

A derrocada do liberalismo, e a conseqüente emergência do Estado Social, com a multiplicação das atividades exercidas pelo Estado, provocou as primeiras reformulações no sentido da legalidade. A mudança do papel do Estado exigiu o aperfeiçoamento do instituto de modo a harmonizar-se às novas atribuições assumidas, sob pena de inviabilizar-se à espera do parlamento para cada passo que pretendesse tomar.

Neste momento, a Administração assume uma função mais proactiva e interventora, não mais somente de manter as liberdades existentes, mas de alterá-la, sendo um verdadeiro agente de mudanças. A debilidade do mito liberal de perfeição da lei provocou, assim, uma primeira releitura do princípio da legalidade.

De fato, para responder às novas tarefas, observa-se um fortalecimento do Executivo, notadamente no que diz respeito à sua atividade regulamentadora, com a expedição de atos normativos que passaram a complementar a atuação do Poder Legislativo.

A legalidade passa a ser vista, então, tanto como uma vinculação da Administração à lei como também como um pressuposto para sua atuação. Nessa perspectiva, a vinculação negativa da Administração no sentido de abstenção em face dos direitos de liberdade toma corpo com a vinculação positiva<sup>7</sup>, materializada nos objetivos a serem perseguidos pelo Estado,

7 FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Poder regulamentar: aspectos controvertidos no contexto da função regulatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 25.

designadamente o da justiça social.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>8</sup> anota que durante o Estado Social várias foram as modificações ocorridas no princípio da legalidade, ressaltando a perda de seu prestígio, a sua desvinculação à ideia de justiça e a perda do seu caráter geral e abstrato. Aponta ainda fatores como a pressão de grupos, classes e partidos políticos e a multiplicação de leis. Não obstante, destaca também alguns pontos positivos, tais como a completa vinculação da Administração à lei – incluindo, agora, a vinculação positiva da atuação - e a transformação da discricionariedade em um poder jurídico, e não mais político.

Se a busca por uma definição dos limites do princípio da legalidade no Estado Social demandou bastante dos operadores do direito, no Estado Regulador tal incumbência parece ter se multiplicado. Com efeito, é bastante claro na doutrina que essa discussão está longe de ser pacífica.

A compatibilidade do poder normativo conferido às agências reguladoras com o princípio da legalidade passa a ser um dos grandes desafios do direito administrativo atual. Muito pelo fato de não se tratar apenas de uma decorrência de uma mudança doutrinária, legislativa ou jurisprudencial, mas sim de uma significativa mudança dos objetivos do Estado, desestruturando os alicerces até então existentes.

Se o princípio da legalidade foi trabalhado no contexto de um Estado Liberal como forma de responder aos anseios e demandas daquele modelo estatal, nos parece que a mudança da atuação do Estado naturalmente provoca uma alteração do conteúdo do princípio. Trata-se daquilo que Alexandre Santos de Aragão<sup>9</sup> destacou como a influência

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: Direito regulatório: temas polêmicos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 32.

9 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37, n.148, out./dez. 2000. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/646>>. Acesso em 12 de janeiro de 2017.



dialética recíproca entre as ordens jurídica e social na qual participam elementos metajurídicos, sendo o poder normativo dos agentes reguladores um verdadeiro instrumento de intercomunicação entre os referidos sistemas.

Dessa forma, observa-se que o momento atual, representado pelo Estado Regulador, impôs uma nova dinâmica ao princípio da legalidade, para atender à descentralização normativa promovida pelo Estado através da criação dos chamados agentes reguladores. Isso porque, a capacidade normativa dessas agências provoca o que a doutrina<sup>10</sup> denomina de quebra da unidade das fontes, ao setorizar a normatização de determinadas matérias a polos externos à Administração Central, dificultando o regresso à interpretação liberal oitocentista adotada pelo princípio da legalidade.

Essas transformações provocaram uma reformulação do próprio sentido da vinculação da Administração ao princípio da legalidade. No limite, o crescimento da atividade normativa do Estado resultou na adoção do princípio da juridicidade como parâmetro de vinculação da Administração.

É, portanto, dentro desse novo contexto que se observa uma releitura do princípio da legalidade, afastando-se da sua concepção original rígida para, em compasso com o novo papel assumido pelo Estado, fornecer os instrumentos necessários para o exercício das suas novas funções. Essa mudança, naturalmente, demandou alterações no ordenamento jurídico, gerando debates na doutrina que intenta até hoje acomodar a nova realidade regulatória.

### 3. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

#### 3.1. A TEORIA DA DESLEGALIZAÇÃO

Tarefa das mais hercúleas consiste em encontrar o fundamento para a função normativa atribuída às agências reguladoras. A celeuma pode ser justificada por se tratar de um dos principais instrumentos adotados pelo Estado Regulador na consecução dos seus objetivos, tendo inquestionável

<sup>10</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

viés prático.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica a multiplicidade de correntes doutrinárias que visam enquadrar a temática no direito brasileiro e afirma não conseguir encontrar ao menos dois autores com posicionamentos muito semelhantes<sup>11</sup>. Corroborando sua conclusão, relaciona ao menos dez fundamentos utilizados pela doutrina para explicar o fenômeno.

Não obstante o estudo da matéria evidencie uma pluralidade de opiniões divergentes, uma teoria desponta com especial destaque na doutrina brasileira, merecendo atenção por se tratar de ponto comum na abordagem da matéria por diversos autores, seja para consentir ou para rechaçar as suas ideias. Trata-se da teoria da deslegalização.

A deslegalização, ou delegificação, segundo J. J. Gomes Canotilho<sup>12</sup>, ocorre quando uma lei, sem dispor sobre determinada matéria, rebaixa o seu grau normativo, permitindo sua alteração por meio de regulamento. Para o autor, o princípio do congelamento do grau hierárquico da norma, por meio do qual qualquer alteração desta somente poderá ser efetuada por norma de igual ou superior grau hierárquico, não obstaculiza o instituto da deslegalização. No entanto, adverte que existem limites a serem considerados, tais como as matérias constitucionalmente reservadas à lei. Nessa ordem de considerações, ao lado da função de rebaixamento de grau, a lei deslegalizadora teria a função autorizante, pois permite o disciplinamento de certas matérias através de regulamentos.

Alexandre Santos de Aragão<sup>13</sup>, ao discorrer especificamente sobre o tema, defende a constitucionalidade da deslegalização no direito brasileiro por entender não se tratar propriamente em transferência de

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 41.

12 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 841.

13 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 454-456.

poderes legislativos, mas sim de uma política legislativa, na qual haveria a transferência de atribuições a uma outra sede normativa, encarregada de regular determinada matéria. Isto porque – explica –, se uma lei teria poder para revogar uma outra lei, também teria poderes para rebaixar o seu grau hierárquico, conferindo à Administração poderes para regular a matéria.

Para tanto, a sistemática funciona da seguinte forma: a lei deslegalizadora degrada normativamente determinado recorte material antes sujeito a disciplina legal, conferindo poder normativo a determinado órgão ou ente administrativo e habilitando-o à regulação, de acordo com as finalidades, políticas públicas e *standards* fixados por cada ordenamento jurídico.

Assim, a rigor, o regulamento não estaria revogando a lei. Esta tarefa coube à lei deslegalizadora. O entendimento defendido pela doutrina é de que o regulamento figura como um instrumento através do qual se vale a lei para, de forma diferida, revogá-la em momento posterior, de acordo com a atuação da Administração Pública e tendo como justificativa a dinâmica social que exige do Estado instrumentos de regulação compatíveis com a nova realidade.

Por esta razão, conclui que a deslegalização seria uma decorrência implícita deste poder normativo, balizado pelos *standards* gerais fixados pelas respectivas leis deslegalizadoras para o exercício da imposição legal de regular determinados setores no que tange aos aspectos técnicos, sem descuidar de observar as políticas públicas estabelecidas em lei e pela Administração.

Com argumentos semelhantes, José dos Santos Carvalho Filho<sup>14</sup> enquadra o poder normativo das agências reguladoras como exercício da função administrativa, e não legislativa. Isso porque é a própria lei disciplinadora da regulação que transfere à Administração a incumbência

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências Reguladoras e Poder Normativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65.

de estabelecer os vetores de ordem técnica, não resultando, por isso, qualquer vestígio de usurpação de função legislativa ou mesmo desvio de constitucionalidade.

A função regulamentadora seria proveniente, portanto, diretamente da lei, sem necessidade de intermediação através de qualquer outra espécie normativa, com a finalidade de disciplinar tecnicamente determinados setores econômicos ou a prestação de serviços públicos. Entende o autor que a natureza jurídica desta regulamentação é a mesma dos decretos expedidos pelo Chefe do Executivo, ao contrário do que defende Maria Sylvania Zanella Di Pietro, que entende pela impossibilidade de equiparação, designando o fenômeno em estudo como um *novo tipo de direito*<sup>15</sup>.

Conclui o administrativista que, a despeito de toda a polêmica existente sobre a questão, não se está tratando de uma “*inovação de relevô*”, mas apenas do “*exercício do poder de regulamentação classicamente atribuído aos órgãos administrativos*”, entendendo que o foco deve se ater à consecução dos objetivos estabelecidos às agências reguladoras, designadamente no que diz respeito ao princípio da efetividade.

Para Ricardo Duarte Júnior, o poder normativo das agências reguladoras se fundamenta nos regulamentos de execução por decorrência de uma delegação secundária ou imprópria a partir do instituto da deslegalização, não havendo, portanto, que se falar em exclusividade da competência regulamentar pelo Chefe do Poder Executivo. Ao conferir a atribuição para as agências reguladoras disciplinarem determinados setores, a lei se utiliza de *standards* e parâmetros genéricos para habilitar os entes administrativos a procederem à normatização técnica, motivo pelo qual entende o autor que isso não implica em usurpação da atividade legislativa<sup>16</sup>.

15 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 47-48.

16 DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. *Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 157 e ss.

Ao adotar a tese da deslegalização, defende que o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal brasileira de 1988<sup>17</sup> apresenta eficácia retroativa, somente produzindo efeitos em relação ao período anterior à promulgação da Constituição. Vale lembrar que este dispositivo é bastante controverso na doutrina, sendo, inclusive, utilizado por correntes opostas para fundamentar ou rechaçar o exercício da função normativa pelas agências reguladoras.

A lei deslegalizadora, portanto, estabelece os parâmetros e princípios (*standards*) que guiam a edição de regulamentos pela Administração. Por esta razão, entende Ricardo Duarte Júnior, citando Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, que o mais adequado não seria falar em delegação de poderes legislativos ao Executivo, mas sim em atribuição de competência pelo legislador diretamente ao administrador<sup>18</sup>.

Por outro lado, a corrente que rechaça a tese da deslegalização, capitaneada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>19</sup>, defende que o instituto não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro. Para a autora, a retirada de determinada matéria da competência legislativa somente seria possível se operada pela própria Constituição, e não por meio de lei ordinária, sob pena de usurpar competência conferida constitucionalmente ao Poder Legislativo.

Gustavo Binenbojm<sup>20</sup> também defende a incompatibilidade da teoria da deslegalização com a Constituição Federal, denominando

17 Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

18 DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. *Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 161.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: Direito regulatório: temas polêmicos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 45.

20 BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público

tal fenômeno como uma *delegação legislativa inominada*. Sob o ângulo formal, afirma que a hipótese não se enquadra dentre os meios previstos constitucionalmente para a edição de atos normativos com força de lei, como é o caso das medidas provisórias e das leis delegadas. Já sob o ângulo material, entende que faltaria legitimidade democrática à atuação das agências que devem sujeição “às normas ditadas pela autonomia dos cidadãos”. Assim sendo, define o poder normativo das agências reguladoras como uma das expressões do poder discricionário, de natureza infralegal.

Na jurisprudência brasileira a matéria é abordada de forma esparsa pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Em uma das decisões sobre o assunto, a Corte Constitucional admitiu, por maioria, nos autos do Recurso Extraordinário nº 140.669-1, a tese da deslegalização.

Além da adoção da tese da deslegalização, parte da doutrina vai além e entende que o STF acolheu também - de forma implícita - a tese da revogação diferida, uma vez que a revogação do Decreto nº 326/67 efetuada pela Lei nº 7.450, de 1985, somente operou seus efeitos quando da edição da Portaria Ministerial 266/88, isto é, quase três anos após a edição da lei.

Novamente instada a se manifestar sobre o tema, a Suprema Corte brasileira reafirmou o posicionamento nos autos da Questão de Ordem em Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 1.193, considerando constitucional dispositivo previsto na Lei nº 9.478/97 que remetia a regulamentação do procedimento licitatório simplificado da Petrobrás à via do decreto presidencial (natureza infralegal), não estando a empresa pública federal submetida, portanto, às regras previstas na lei geral de licitações e contratos, Lei nº 8.666/93. É importante realçar que neste julgado o STF afirmou expressamente que entendimento contrário - no sentido de obrigar a empresa pública a cumprir as exigências contidas na lei geral - confrontaria as normas constitucionais, notadamente o próprio princípio da legalidade.

---

da Bahia, n. 3, ago./set./out., 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

Encerrando o panorama jurisprudencial, cumpre destacar a emblemática decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, da qual se utilizam correntes doutrinárias opostas para justificar seus entendimentos sobre a tese da deslegalização no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste julgado, decidiu o STF que as *resoluções* expedidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (agência reguladora) não teriam o condão de derogar dispositivos previstos na *lei* geral de licitações por possuírem natureza infralegal.

Enquanto Gustavo Binenbojm<sup>21</sup> afirma que o STF se opôs à tese deslegalização, Ricardo Duarte Júnior<sup>22</sup> lembra que a matéria tratada no julgado se encontra submetida a reserva legal (licitação), conforme previsão contida no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB<sup>23</sup>, o que, naturalmente, corresponde a um dos limites à deslegalização.

Dúvida pode surgir quanto a um eventual contrassenso entre os argumentos utilizados nos dois últimos julgados por versarem sobre a mesma questão, licitação. O conflito inexistente. Trata-se de regimes jurídicos diversos. Enquanto as autarquias federais devem obediência ao artigo 22, XXVII, da CRFB, as sociedades de economia mista (como a Petrobrás), diferentemente, tem o seu procedimento licitatório regulado pelo artigo 173, parágrafo primeiro, inciso III, da CFRB<sup>24</sup>, que faz remissão à lei. Neste

21 BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3.º ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 304.

22 DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. *Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 165.

23 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

24 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

caso, a Lei nº 9.478/97 remetia a regulamentação da matéria a decreto presidencial.

Como visto, a teoria deslegalização encontra ressonância na doutrina e na jurisprudência brasileira, notadamente quando se constata haver decorrido mais de duas décadas desde o início da implantação legal do modelo regulatório. Não obstante, entendemos que a questão pode ser ainda mais investigada, de modo a se compreender as profundas raízes sob as quais se assenta o poder normativo das agências reguladoras.

### 3.2. O PODER REGULAMENTAR

Diante de tantas teorias que pretendem justificar a função normativa dos agentes reguladores, fundamentar a questão no poder regulamentar pode até surpreender. É bem verdade que o processo de agencificação<sup>25</sup> representa uma mudança sem precedentes na atuação do Estado, na medida em que este deixa de produzir e fornecer os serviços diretamente à população para assumir um inédito papel de árbitro, conduzindo e disciplinando os *players* do mercado<sup>26</sup>.

Não obstante o ineditismo desse modelo, não nos parece que a justificativa para o exercício dessa função normativa extrapole os limites do já conhecido poder regulamentar, agora interpretado através de uma releitura do princípio da legalidade.

Com efeito, a discussão sobre a ampliação do poder regulamentar é pauta sempre presente no direito brasileiro e em outros países, não tendo surgido apenas com a criação das agências reguladoras, sendo certo que as

---

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

<sup>25</sup> Expressão utilizada por Marcílio da Silva Ferreira Filho em *Poder regulamentar: aspectos controvertidos no contexto da função regulatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 193.

<sup>26</sup> Expressão de Ricardo Duarte Jr. em *Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 93.



agências reguladoras promoveram a renovação de um debate já existente, mas agora com novos argumentos, como bem realçado por Marçal Justen Filho<sup>27</sup>.

Para análise do tema, torna-se importante buscar o modo como outros ordenamentos enxergam a questão, notadamente aqueles que possuem maior similitude com o direito brasileiro, como é o caso do ordenamento jurídico português.

Ana Raquel Gonçalves Muniz<sup>28</sup> aborda a problemática na sua obra “Estudo sobre os Regulamentos Administrativos”, mais especificamente no título “Os regulamentos na Administração estadual”, o que reflete a adoção pela doutrina portuguesa da natureza regulamentar no que diz respeito ao tema. Esse posicionamento se evidencia quando a autora refere que os *poderes regulatórios setoriais* demandam das autoridades reguladoras *poder regulamentar próprio*, incluindo aí os *poderes normativos*<sup>29</sup>.

Tornando ainda mais claro o tratamento conferido pelo direito português, a autora destaca uma tendência à deslegalização de determinadas matérias, conceituando o fenômeno como uma “*transferência da competência normativa – ou de seu exercício – da sede estadual para outra sede*”<sup>30</sup> e alertando para a necessidade de fixação de parâmetros para o exercício da função normativa.

Em postura cautelosa, a autora pondera a questão da independência desses regulamentos, ressaltando a necessidade de lei prévia delimitar as competências objetiva e subjetiva para sua edição, observados ainda o princípio da reserva de lei e o espaço próprio da função legislativa.

---

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal Justen. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 492 *apud* FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Poder regulamentar: aspectos controvertidos no contexto da função regulatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 198.

<sup>28</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos sobre os regulamentos administrativos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 75-81.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 77.

Neste panorama, é de fundamental importância para o presente estudo compreender os limites do poder regulamentar, o que necessariamente implica analisar os diferentes sentidos do princípio da legalidade, nomeadamente o da reserva de lei e da preferência de lei.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos<sup>31</sup> entendem que a edição de qualquer espécie de regulamento deve ter como fundamento o princípio da legalidade na sua modalidade *reserva de lei* (conformidade), que determinará o grau de densidade normativa entre a total vinculação do conteúdo do regulamento até uma maior autonomia regulamentar.

Para os autores, isto não se confundiria com a deslegalização, aceita no ordenamento português desde que respeitadas as matérias submetidas à reserva legal, diferentemente dos chamados regulamentos delegados que seriam proibidos pela Constituição portuguesa<sup>32-33</sup>.

Por sua vez, Diogo Freitas do Amaral posiciona-se no sentido de que a edição de regulamentos impõe tanto o respeito ao princípio da reserva de lei quanto à exigência da precedência de lei, não admitindo que a Administração possa regulamentar matéria sem previsão em norma habilitante<sup>34</sup>. Sem tal requisito, o regulamento padecerá de inconstitucionalidade formal.

Analisando a matéria, Paulo Otero também defende que fora dos domínios da reserva de lei, a Administração possui legitimidade para regulamentar matérias como medida de concretização da função do Estado em prover as prestações e serviços necessários à efetivação dos direitos previstos

---

31 REBELO DE SOUSA, Marcelo/ SALGADO DE MATOS, André. *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*. Tomo III, 1ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2007, p. 244.

32 REBELO DE SOUSA, Marcelo/ SALGADO DE MATOS, André. *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*, Tomo III, 1ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2007, p. 239.

33 No mesmo sentido: AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 181.

34 AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 182.

na Constituição, compensando os eventuais “défices de concretização legislativa”<sup>85</sup>, uma vez que “*sem prejuízo da competência legislativa que tudo pode disciplinar, a Administração está também habilitada pelo artigo 202º, alínea g), a estabelecer uma regulamentação praeter legem de certas matérias que encontram já em normas constitucionais um primeiro grau de concretização jurídica ou de orientação teleológica*”<sup>86</sup>.

Trazendo essas considerações para o ordenamento jurídico brasileiro, o que se observa é que a Constituição Federal de 1988 não conferiu um regime regulamentar diferenciado quando da implantação das agências reguladoras. Com efeito, o fundamento constitucional para a atuação dessas entidades encontra-se previsto no artigo 174 da Carta Magna<sup>37</sup>, ao atribuir ao Estado a função de *agente normativo e regulador* da atividade econômica.

Nesse sentido, jogando luzes sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>38</sup> afirma que a questão da atuação normativa das agências demanda a compreensão de uma mutação constitucional ocorrida no sentido do princípio da legalidade. Desta forma, a questão se resume ao alargamento do exercício do poder regulamentar através das princípios e diretrizes previstas nas leis-quadro, que balizarão o espaço de discricionariedade para as agências regulamentarem os respectivos setores.

Essa também é a opinião de Marcílio da Silva Ferreira Filho<sup>39</sup>, que inclui a ampliação do poder regulamentar no bojo do processo de reforma do Estado, não enquadrando como um problema exclusivo das agências

35 Expressão utilizada por PAULO OTERO, emprestada de GOMES CANOTILHO In OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo – Enquadramento dogmático constitucional*, Vol. II. Lisboa: Lex, 1995, p. 615.

36 OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo – Enquadramento dogmático constitucional*. Vol. II. Lisboa: Lex, 1995, p. 615

37 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

38 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 212.

39 FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Poder regulamentar: aspectos controvertidos no contexto da função regulatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 199-200.

reguladoras. Portanto, entende, tratar-se de renovação de um debate já existente, só que agora a partir de novos argumentos.

Essa perspectiva parece ser a mesma de José dos Santos Carvalho Filho<sup>40</sup> ao considerar que o poder normativo das agências nada mais reflete do que o próprio exercício do poder regulamentar clássico, não avistando inovação e atribuindo a desconfiança à nova forma de atuação introduzida pelas entidades reguladoras.

Nessa ordem de ideias, também compartilhamos do entendimento acima exposto por não vislumbrar na matéria distinção capaz de diferenciar a atuação normativa das agências reguladoras do exercício do clássico poder regulamentar, agora com uma nova roupagem.

É necessário ter presente que a mudança do papel do Estado ao longo do tempo implica numa releitura do princípio da legalidade contextualizado com a realidade atual, sob pena de ocorrer um engessamento da Administração provocado pela fossilização do seu principal instrumento de atuação que é o poder regulamentar.

Deste modo, sendo certo que o fundamento constitucional para a atuação normativa e regulatória das agências reside no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, concretizado através do poder regulamentar, resta saber quais seriam os limites desta regulação.

Neste ponto, inicialmente, nos parece claro que a função normativa das entidades reguladoras encontra limites na reserva de lei, de modo que as matérias ali previstas somente poderão ser disciplinadas pelo referido instrumento legal.

A dificuldade, portanto, está em delimitar a atuação no campo da primazia da lei. Sobre esta específica questão, concordamos com o posicionamento de Marcílio da Silva Ferreira Filho que se fundamenta, em

---

<sup>40</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências Reguladoras e Poder Normativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65.

grande parte, nas lições de Eros Roberto Grau.

Com efeito, as normas regulamentares extraem sua competência de atuação na lei ou na própria Constituição, seja de forma explícita ou mesmo implícita. Em suma: a matéria que não for submetida a reserva de lei, pode ser disciplinada por meio do regulamento, desde que haja uma norma de competência habilitante.

Isso não implica dizer que o Executivo se encontra livre para atuar no campo da função normativa residual da forma como bem queira. Nesta área caberá à própria lei habilitante estabelecer uma densificação mínima a fim de balizar o poder regulamentar da Administração. Nesse sentido, “*a lei, em sua atribuição ordinária, pode trazer linhas gerais sobre o assunto e o regulamento, devidamente contextualizado, criar normas jurídicas que participem da criação*”.<sup>41</sup>

Isso não afasta, contudo, a aplicação da teoria da deslegalização, já que esta apenas representa uma técnica legislativa, guardando estreita relação com a utilização do poder discricionário e o emprego de conceitos jurídicos indeterminados<sup>42</sup>.

Essa compatibilização entre o poder regulamentar e teoria da deslegalização se torna ainda mais clara quando Enterría e Fernández enquadram a deslegalização dentro do exercício do poder regulamentar da Administração, conceituando aquela teoria como “*la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de um tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración*.” (destacamos)<sup>43</sup>.

Toda esta teorização nos traz a convicção de que a função normativa das agências reguladoras nada mais representa do que o

<sup>41</sup> FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Poder regulamentar: aspectos controvertidos no contexto da função regulatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 240.

<sup>42</sup> CIRIANO VELA, César David. *Principio de legalidade e intervención económica*. Barcelona: Atelier administrativo, 2000, p.150.

<sup>43</sup> ENTERRÍA, Eduardo García/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 11ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2002, p. 275.

exercício do poder regulamentar. Naturalmente que este poder evoluiu e se reformulou, amoldando-se às modificações sentidas pelo princípio da legalidade. Dessa maneira, longe de esboçar qualquer conflito ou usurpação da função legislativa, a problemática permanece adstrita ao legítimo âmbito do exercício da função administrativa.

#### 4. CONCLUSÃO

A transformação da função do Estado ocorrida nos três últimos séculos promoveu uma descentralização normativa sem precedentes no Estado moderno, atingindo o seu ápice no atual Estado Regulador, como medida de acompanhamento da complexidade e pluralidade da sociedade.

Essas mudanças trouxeram diversos questionamentos acerca da compatibilização entre a descentralização normativa e o princípio da legalidade no que se refere aos objetivos e limites da legítima atuação da Administração. Para solucionar este impasse, imperioso se faz empreender uma releitura daquele princípio ao atual contexto regulatório.

Diversas são as teorias oferecidas pela doutrina na tentativa de justificar o modelo regulatório. Uma das principais é a teoria da deslegalização que se apresenta como uma técnica legislativa em que a lei confere às agências reguladoras a atribuição para dispor tecnicamente sobre um específico setor. A teoria encontra respaldo na jurisprudência e por considerável parte da doutrina brasileira.

Não obstante os relevantes fundamentos apresentados pela doutrina, entendemos que a problemática revolve à clássica questão dos limites do poder regulamentar em um cenário de profundas mudanças pela qual o Estado moderno vem passando, ocasionando uma natural evolução do sentido atribuído ao princípio da legalidade. Em outras palavras: a questão é a mesma, mas com novos contornos, novos argumentos e uma realidade bastante diferente da existente à época do surgimento do princípio da legalidade.

Deste modo, o enquadramento jurídico do poder normativo das agências reguladoras antes de se tratar de tema inédito, nos parece se relacionar com o poder regulamentar conferido à Administração Pública. Na consecução desse objetivo, a teoria da deslegalização surge como uma técnica adotada pela Administração para, nos limites previstos nas leis-quadro, e em obediência à reserva de lei, proceder ao disciplinamento de determinada matéria.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37, n.148, out./dez. 2000. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/646>>. Acesso em 12 de janeiro de 2017.

AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3º. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

\_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago./set./out., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências Reguladoras e Poder Normativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CIRIANO VELA, César David. *Principio de legalidade e intervención económica*. Barcelona: Atelier Administrativo, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 19-50.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. *Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. *A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6961](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6961) >. Acesso em 22 de novembro de 2016.

ENTERRÍA, Eduardo García/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 11ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2002.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Poder regulamentar: aspectos controvertidos no contexto da função regulatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.



- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- JUST, Gustavo. *O princípio da legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do direito público*. In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco. ADEODATO, João Maurício (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 235-248.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos sobre os regulamentos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2016.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo/ SALGADO DE MATOS, André. *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*. Tomo I. 2ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*. Tomo III, 1ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2007.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo. *O princípio da legalidade administrativa na Constituição de 1976*. Revista Democracia e Liberdade, n.º 13, Lisboa, Jan. de 1980.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina 2003.
- \_\_\_\_\_. *O poder de substituição em direito administrativo – Enquadramento dogmático constitucional*. Vol. II. Lisboa: Lex, 1995.



---

## LA CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE LA EDUCACIÓN MULTICULTURAL

---

ANTONIO TIRSO ESTER SÁNCHEZ<sup>1</sup>

*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)*

### SUMARIO

I. La educación como instrumento de compensación social. II. La superación de la diversidad lingüística. III. El conocimiento de la diversidad cultural. IV. Conclusión. V. Referencias bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Profesor Contratado Doctor del Área de Filosofía del Derecho adscrito al departamento de Ciencias Jurídicas Básicas. [tirso.ester@ulpgc.es](mailto:tirso.ester@ulpgc.es)

## **La construcción de la identidad cultural desde una perspectiva de la educación multicultural**

### **I. La educación como instrumento de compensación social**

La educación constituye un instrumento de alto valor proyectivo desde el punto de vista social puesto que, además del valor que en sí mismo puede representar para su titular, se hace notar que presta un relevante papel con miras a sentar las bases políticas e ideológicas que conforman el tipo de sociedad que en los diferentes supuestos se quiere constituir. También puede en su caso representar un medio idóneo para corregir, o cuando menos denunciar, las desigualdades sociales, económicas y culturales existentes en las distintas comunidades políticas y garantizar en la mayor medida posible la estabilidad y la integración social de todos sus miembros evitando las consecuencias inherentes a las posibles tendencias segregacionistas que pueden llegar a darse por parte de los Estados hacia los individuos más desfavorecidos que no se encuentran en una posición de igualdad de oportunidades con respecto a los demás miembros del grupo social.

La afirmación jurídica del derecho a la educación vendría a entenderse en este sentido como un recurso que llevado a la práctica de forma adecuada posibilita la integración real y efectiva de los miembros pertenecientes a los sectores más débiles de la sociedad, como resulta normalmente ser el caso de la población inmigrante dentro de las sociedades receptoras, facilitando la adhesión a un concepto de sociedad basado en una convivencia pacífica y en una profunda cohesión social.

Los programas educativos deberán confeccionarse de una manera que resulte acorde con un contenido adecuado a la finalidad de potenciar una eficaz educación democrática, caracterizada por el respeto a la tolerancia y al pluralismo cultural, inspirados en los valores inherentes al propio texto constitucional. Se partirá en este sentido de la consideración de que la diversidad cultural constituye en sí misma un factor positivo para entender este proceso que debe en último término conseguir que los miembros de todos los grupos culturales dispongan de una efectiva igualdad en el

trato recibido que se proyecta a su vez en la obtención de una igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de sus proyectos individuales de vida.

Debe consolidarse un modelo educativo orientado hacia la consecución de la igualdad de oportunidades, que se conseguirá con la integración plena del inmigrante dentro de nuestro sistema social. Integración que no deberá ser de ninguna forma unidireccional, sino, al contrario, absolutamente bidireccional, reclamando por parte de los miembros originarios de la sociedad de acogida la realización del correspondiente esfuerzo para garantizar en la mayor medida posible la integración de unos y otros en un conjunto social que, lógicamente, no podrá ser el mismo que existía cuando los únicos miembros que lo formaban eran los originarios de la sociedad receptora<sup>2</sup>.

Los miembros de los grupos culturales ajenos a la cultura hegemónica, normalmente integrantes de la población inmigrante, parten de una evidente posición de desventaja y desigualdad con respecto a los miembros naturales de la sociedad de acogida. La común condición humana de unos y de otros y la presuposición de que ninguna cultura identitaria ha de entenderse que dispone en principio de un valor cualitativo superior al de las demás exige que deban paliarse las manifiestas diferencias existentes entre los miembros de los diversos grupos culturales y conseguir al menos que la educación recibida sea, sino una educación adaptada a las exigencias particulares de cada uno, la misma para todos los alumnos, garantizando en cualquier caso el respeto a los presupuestos culturales específicos de cada uno de ellos.

Ese proceso integrador no es una cuestión que pueda considerarse fácil. En su realización se deberá poner una decidida voluntad y el máximo empeño por parte de todos los agentes involucrados. Es necesario que los miembros y las instituciones gubernamentales de la sociedad de acogida se adapten a los inmigrantes practicando actitudes tolerantes, a la vez que estos miembros de grupos culturales minoritarios deben adaptarse a ellos y hacer un esfuerzo

2 SOLÉ, C., "La educación intercultural", en Emilio LAMO DE ESPINOSA (ed.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Alianza editorial, Madrid, 1995, p. 245.

para adaptar su mentalidad a un determinado “orden público europeo”<sup>3</sup> que emana de los derechos y de los valores que vienen reconocidos por los diferentes instrumentos normativos europeos, como lo son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales, y por extensión en las propias constituciones de cada Estado europeo, etc.

No podemos confundir los conceptos de integración social y de integración cultural. La integración social no implica la imposición de una determinada cultura en la figura de los inmigrantes. Todo lo contrario. Presupone el respeto a las exigencias inherentes a la identidad cultural de cada individuo. La integración social está fundamentada en los valores que inspiran una determinada sociedad, valores que tratándose de una sociedad democrática dan por descontada la necesidad de respetar la peculiar idiosincrasia de cada individuo.

Los recién llegados tendrán que adecuar en alguna medida sus comportamientos y sus prácticas sociales para que no quebranten bajo ningún concepto ni el contenido obligacional de los derechos humanos ni las leyes de la sociedad que los acoge. Pero deberán también ser protagonistas directos en la elaboración de esas leyes que en última instancia también resultan vinculantes para ellos. La incardinación del inmigrante en la sociedad de acogida supone en este sentido un deber de acatamiento de las leyes vigentes, pero también un inequívoco derecho de participación activa, mediante la correspondiente realización de sus derechos políticos, en la conformación definitiva del contenido normativo del ordenamiento jurídico.

El contenido de la educación se tendrá que confeccionar con miras a poder garantizar, a través de la correspondiente puesta en práctica de los medios y recursos disponibles, el fomento del objetivo que representa la integración de todos los miembros del grupo social. Cumpliendo así una de sus funciones más importantes como lo es su destacada función

---

3 ROJAS RIVERO, G.P., “El derecho a la educación”, en José Luis MONEREO PÉREZ (director) y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ (coordinador) *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009*, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, La Ley, Madrid, 2010, p. 254.

socializadora, basada a su vez en el consiguiente respeto de las diferentes identidades culturales que pueden tener los individuos que integran una determinada sociedad, respetando sus específicas particularidades, y las diferentes opciones que definen su identidad cultural.

Dentro de la pretendida integración social es básico no poner obstáculos a los extranjeros en el acceso a la educación y por ende al conocimiento de las particularidades propias de las distintas culturas. Sólo el conocimiento preciso de las diferentes opciones culturales permitirá garantizar que los individuos son efectivamente libres en la configuración de su singular personalidad y del juicio de valor que su propia cultura ha de merecerles. Pero éste es un discurso que vale también en los mismos términos para los miembros originarios de la sociedad de acogida, que normalmente dan por descontado el valor cualitativamente superior de la cultura hegemónica, induciendo injustificadas actitudes de menosprecio o desvaloración de las culturas identitarias de quienes no comparten los presupuestos fundamentales de la cultura hegemónica.

Se tendrá que tener en cuenta en cualquier caso en las políticas educativas la situación particular que ocupan los inmigrantes en la comunidad de que se trate. Estos deberán ser compensados de alguna manera, también a través de la acción educativa ante el riesgo evidente que experimentan de sufrir discriminaciones y de ver obstaculizada la formación libre de su personalidad puesto que forman parte de un grupo social frecuentemente desfavorecido que se encuentra en la generalidad de las ocasiones muy lejos del plano de igualdad con el que cuentan los ciudadanos originarios de la sociedad de acogida.

## **II. La superación de la diversidad lingüística**

La barrera idiomática con la que se encuentran los inmigrantes, cuando su lengua materna resulta diferente al lenguaje normativizado de las sociedades receptoras, vendrá a constituir un obstáculo adicional para garantizar su plena integración social. Será responsabilidad de las instituciones de la sociedad de acogida emprender medidas que fomenten un ágil aprendizaje

de la lengua oficial que se utiliza dentro de la sociedad receptora para relacionarse entre sus miembros y para transmitir los diferentes contenidos educativos.

Nadie deberá en este sentido ser excluido de la realización del derecho a la educación, o recibir una educación de segunda clase por razón de desconocimiento de la lengua en que se transmite el contenido educativo. Si las instituciones de la sociedad de acogida no son capaces de garantizar a cada individuo el conocimiento preciso de la lengua en que se han de transmitir los conocimientos educativos deberían verse obligadas a proporcionar a cada individuo esos mismos contenidos educativos en su lengua propia. Está claro que las razones de contenido económico y las que impone el propio objetivo de la socialización general de los miembros de las distintas comunidades llevarán a asumir como un objetivo mucho más factible y adecuado la realización de la primera alternativa. Pero no debe descuidarse el dato de que el hipotético incumplimiento de las exigencias inherentes a la realización de esta primera alternativa debería llevar consigo la correlativa imposición del cumplimiento en el más estricto de sus sentidos de las exigencias inherentes a la segunda.

Las instituciones de la sociedad de acogida no obligarán en ningún caso a los inmigrantes a que renuncien al uso de su lengua materna, sino todo lo contrario. Deberán esforzarse en conservar las particularidades culturales de los recién llegados, y entre ellas también la particularidad cultural que representa el uso de su lengua materna en su quehacer cotidiano en la propia sociedad receptora, a la vez que deberá fomentarse el aprendizaje de la lengua común a la población autóctona.

La situación de privar al inmigrante del uso de su lengua nativa sería contraproducente para garantizar el pleno desarrollo del inmigrante y supondría para la sociedad de acogida un grave perjuicio, al sentirse los inmigrantes culturalmente infravalorados, con todo lo que ello supone de previsible descapitalización de la aportación social que pudiera llevar a cabo quien no se siente plenamente integrado en la sociedad en la que desarrolla su existencia. Experiencias vividas a lo largo de la historia nos han



demostrado que la prohibición de usar la lengua materna de los inmigrantes les puede provocar una profunda aversión hacia la lengua impuesta y serán reacios a aprenderla.

Este es un argumento de carácter instrumental a favor del respeto a la lengua nativa, que sin embargo no debería anteponerse al argumento que en sí mismo representa ese mismo respeto a la lengua propia como una proyección inmediata del respeto a la identidad cultural de cada individuo. En definitiva, a la consideración del derecho a la identidad cultural como un derecho de carácter universal, que no debiera constituir un reducto privilegiado de una determinada clase social, y mucho menos un reducto de la clase social que se define a sí misma por el hecho de compartir los presupuestos de la cultura dominante.

Uno de los fines que se pretende conseguir con la realización de este tipo de políticas lingüísticas, enfocadas especialmente a los inmigrantes en el ámbito educativo, será el de enseñar el idioma de la sociedad receptora desde el apoyo de su conocimiento lingüístico y potenciar en la medida de lo posible un alumnado bilingüe<sup>4</sup>. Con la implantación de este tipo de medidas, se logrará previsiblemente reforzar la personalidad y la autoestima de la población inmigrante, haciendo más fácil el aprendizaje de la lengua de la sociedad que los acoge<sup>5</sup>. Solo así, con el conocimiento pleno por parte de todos los miembros, ya sean originarios o recién llegados a la sociedad de acogida, de la lengua en la que se han de transmitir los conocimientos se podrá conseguir la instauración de una educación fundamentada en términos de igualdad con respecto a los miembros que ya se encuentran integrados en la sociedad.

### III. El conocimiento de la diversidad cultural

Otro objetivo a lograr es que exista un adecuado entendimiento cultural por parte de los diferentes agentes que intervienen en el proceso integrador.

4 KYMLICKA, W., *Ciudadanía Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 138.

5 BLÁZQUEZ MARTÍN, D., “Inmigración, derechos educativos y derechos culturales”, en Oscar PÉREZ DE LA FUENTE (editor), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 95.

Los miembros de la sociedad de origen deben tener presente que su cultura no es la única, ni la más auténtica, ni tiene un valor necesariamente superior al de las culturas identitarias de los demás. Se debe partir de la base de la diversidad cultural, como un fenómeno de signo positivo que deja al descubierto la identificación del ser humano como un ser individual, diferente, no uniformado a los demás<sup>6</sup>.

El fomento del conocimiento de las diversas culturas deberá ser asumido como parte integrante del programa educativo, proporcionándolo desde una visión lo más objetiva posible a fin de transmitir una información neutra de los diferentes sistemas de valores. Los menores deberán aprender a respetar esta pluralidad cultural que en sí misma supondrá para ellos un indiscutible enriquecimiento cultural y les ayudará a fomentar actitudes fundamentadas en el valor que desde luego representa el respeto y la tolerancia hacia las distintas manifestaciones de las culturas identitarias ajenas<sup>7</sup>.

El pluralismo cultural debe tenerse en cuenta como un hecho ineludible antes de confeccionar estos programas de integración, algo que no hay razón para intentar eliminar y que sólo podría eliminarse a costa de resquebrajar arbitrariamente los cimientos de la propia personalidad individual de quienes no comparten los presupuestos de la cultura dominante. La sociedad de acogida ha de ser consciente de que existen múltiples grupos culturales y se deberá sacar el máximo rendimiento a la existencia de esta pluralidad para la mejor formación de los alumnos y ofrecer una igualdad de oportunidades para que cada uno pueda desarrollar libremente su propia personalidad.

Los poderes públicos deben poner todos los medios posibles para que cuando lleguen individuos procedentes de sociedades diferentes no renuncien ni a sus valores ni a sus tradiciones culturales. Una alternativa que se puede plantear sería la implantación de programas educativos basados en una educación multicultural que permita, por un lado, conservar la

---

6 BESALÚ, X., *Diversidad cultural y educación*, Síntesis, Madrid, 2002, pp. 37-39.

7 RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A., "La educación intercultural en España: Aproximación jurídica", en José Ramón Polo Sabau (director) y Clara Souto Galván (coordinadora), *Anuario de derecho a la educación*, Dykinson. Madrid, 2012, pp. 108 – 110.

identidad cultural de los inmigrantes, y por otro, recibir una educación desde la óptica del grupo hegemónico para no vivir de espaldas a su nueva sociedad, pudiendo incluso, si así lo desea, participar activamente en la toma de decisiones transcendentales para el buen desarrollo de la misma.

Se deberá tener en cuenta también a la hora de configurar la estructura del sistema el proyecto de una educación multicultural que concierna de alguna manera a todos los sujetos participantes en cualquier modo en el proceso educativo. A los alumnos a los cuales se les va a destinar el contenido del programa configurado con el propósito de garantizar esa integración en términos de igualdad y no discriminación, a los profesores y a los padres que ejercen de agentes educadores para que inculquen este propósito tanto dentro como fuera de las aulas.

Para lograr la plena integración de los inmigrantes, otro de los objetivos que tienen que buscar las políticas educativas es combatir los sentimientos de xenofobia y racismo que pueden llegar a brotar en las sociedades receptoras, cuyos miembros originarios suelen en muchas ocasiones ver a los recién llegados como seres extraños que poco tienen supuestamente que ver con ellos, manifestando condenables actitudes de exclusión de aquello que no se comprende ni se quiere ver como una realidad que ni se puede ni se debe en ningún caso desconocer. Deberá en ese sentido inspirarse la realización de una educación basada en un carácter antirracista que ayude a cambiar esa imagen negativa del inmigrante, proyectando una visión basada en el respeto, en la igualdad y en la dignidad de todas las personas.

Para que las políticas educativas prosperen adecuadamente, los inmigrantes tendrán que evitar ser presa de su baja autoestima. No pueden pensar continuamente que por su pertenencia a una cultura diferente o incluso a una cultura que pueda en la sociedad receptora resultar estigmatizada desde un conocimiento subjetivo por parte de quienes escaso contacto han tenido con ella hasta el momento presente, van a ser ignorados o no tenidos en consideración por el grueso de los miembros originarios de la sociedad de acogida.

La educación debe fomentar en todos ellos ese necesario espíritu de superación ayudándoles a reconocer su propio valor como personas en un contexto social que no siempre les resultará cómodo ni favorable. En este sentido, aunque existan elementos en dicha sociedad que le supongan un límite evidente para su mejor realización personal y cultural, deberán luchar por poner todos los medios para saltar esos obstáculos desde el convencimiento de sus posibilidades sabiendo en todo momento que no pueden dejar de coger fuerzas para poder alcanzar y realizar sus propias metas personales.

Bhikhu Parhek destaca el papel relevante que cumple la educación multicultural, ya que por medio de ella, se logra el objetivo de “contribuir al desarrollo de capacidades humanas tan valiosas como la curiosidad intelectual, la capacidad de autocrítica, la habilidad para sopesar argumentos y evidencias y formar juicios independientes”<sup>8</sup>. La educación multicultural no necesariamente responde a un modelo homogéneo, preestablecido. Variará sensiblemente según cuál sea el sentido que se quiera dar a la propia cultura como fundamento de la identidad personal de cada individuo.

#### **IV.- Conclusión**

Se debe fomentar una educación multicultural inspirada en la diversidad cultural, considerada como un dato real que enriquece a su vez, por lo que tiene de comprobación de la existencia de modos diferentes de vida, al conjunto del grupo social, una educación enfocada de manera muy particular hacia los miembros de las culturas dominantes para que respeten a la particular idiosincrasia de los grupos minoritarios. Con esta medida se pretende eliminar “el grave riesgo para la autoestima individual que puede surgir en la convivencia entre culturas con posiciones muy diferente peso social y capacidad de influencia”<sup>9</sup>.

El objetivo educativo que marca la auténtica realización de la autonomía

---

8 PARHEK, B., *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005, pp. 336-337.

9 ARA PINILLA, I., “El impacto jurídico de la diversidad cultural”, en *Persona y Derecho*, vol. 49, 2003, p. 300.

individual exigirá que la información transmitida sirva para sentar las bases en los estudiantes para que puedan llegar a pensar por sí mismos, poner de manifiesto su espíritu crítico y forjar, con libertad y conocimiento, su propia identidad cultural. El proceso educativo deberá para lograrlo, “promover la reflexión sobre los valores y los objetivos que orientan los actuales sistemas educativos, económicos, políticos, religiosos, sociales y culturales; discutir la herencia que las diversas culturas y civilizaciones nos han dejado, y analizar el conocimiento científico y tecnológico actual y su proyección en el futuro”<sup>10</sup>.

## V. Referencias bibliográficas

- ARA PINILLA, I., “El impacto jurídico de la diversidad cultural”, en *Persona y Derecho*, vol. 49, 2003.
- BESALÚ, X., *Diversidad cultural y educación*, Síntesis, Madrid, 2002.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, D., “Inmigración, derechos educativos y derechos culturales”, en Oscar PÉREZ DE LA FUENTE (editor), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2008.
- GUTTMAN, A., *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, Paidós, Barcelona, 2001.
- KYMLICKA, W., *Ciudadanía Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.
- OLIVÉ, L., *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós, México, 1999.
- PARHEK, B., *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A., “La educación intercultural en España: Aproximación jurídica”, en José Ramón Polo Sabau (director) y Clara Souto Galván (coordinadora), *Anuario de derecho a la educación*, Dykinson. Madrid, 2012.
- ROJAS RIVERO, G.P., “El derecho a la educación”, en José Luis MONEREO PÉREZ (director) y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ (coordinador) *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010.

SOLÉ, C., “La educación intercultural”, en Emilio LAMO DE ESPINOSA (ed.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Alianza editorial, Madrid, 1995.

---

## LA GLOBALIZACIÓN ANTE EL FENÓMENO DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

---

EMILIA M.<sup>a</sup> SANTANA RAMOS<sup>1</sup>

*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ESPAÑA)*

### SUMARIO

I. Planteamiento. II. La Globalización como punto de partida. III. La incidencia de la globalización en la fenomenología de la trata. IV. La migración internacional en un mundo globalizado. V. Conclusiones. VI. Referencias Bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Emilia M<sup>a</sup>. Santana Ramos. Profesora Doctora del Área de Filosofía del Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España). E-mail: [esantana@dcjb.ulpgc.es](mailto:esantana@dcjb.ulpgc.es).

## I. PLANTEAMIENTO

La globalización viene entendida “como un proceso a través del cual el intercambio dinámico de bienes y servicios, el flujo de capitales y la tecnología acentúan la interdependencia entre los mercados de los diferentes países”<sup>2</sup>.

Si la globalización viene reconocida como un proceso en virtud del cual “los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”<sup>3</sup>, no cabe duda que, cualquier análisis de la situación política contemporánea que lleve implícito un análisis de la globalización, nos lleva, sin lugar a dudas, a relacionarla con la garantía de protección que ofrecen los derechos humanos.

Para Stiglitz la globalización no es más que “la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras”<sup>4</sup>.

En este sentido, se asiste a la expansión del fenómeno globalizador que no limita únicamente su ámbito de actuación al terreno financiero o económico, sino que se proyecta en la esfera cultural y social de los distintos países, adquiriendo de este modo, un alcance mundial. Por tanto, estamos presenciando una profunda transformación en todos los ámbitos de la sociedad moderna.

En lo que concierne a los derechos humanos en la actualidad, se observa que tras las evidentes violaciones de los mismos a lo largo de la historia y ante la impunidad de responsabilidad por parte de los Estados soberanos, nos encontramos con un panorama mucho más alentador ya que el reconocimiento de los mismos, ha cobrado una relevancia extraordinaria

2 PÉREZ SALGADO, I.; *Globalización y Administración Pública*, Publicaciones Universidad de Santiago, Chile, 2000, pp. 1-6.

3 BECK, U.; ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, (traducción de B. Moreno y M.B. Borrás, Paidós, Barcelona, 2002, p. 21.

4 STIGLITZ, J. E.; El malestar en la globalización, (traducción de C. Rodríguez Braun) Taurus, Madrid, 2002, p. 34.



en la esfera internacional que se proyecta en todos los niveles, tantos políticos, como económicos o sociales<sup>5</sup>.

Siendo la universalidad una característica fundamental de los derechos humanos, Eusebio Fernández defiende que a través de ella “no se quiere señalar otra cosa que la aceptación de la propuesta de que la razón básica para tener derechos hay que buscarla en el valor que se presupone a cada persona humana, singularmente considerada, y no a cualquier peculiaridad racial, sexual, social o cultural<sup>6</sup>. Este reconocimiento que asume los derechos humanos como derechos universales ostenta de una incuestionable existencia real<sup>7</sup>, o como defienden algunos autores constituyen uno de los grandes “inventos” de nuestro progreso de civilización<sup>8</sup>.

La degradación que supone la universalidad de los derechos en la trata de seres humanos y las más que deplorables prácticas deshumanizadoras proyectables en el caso que nos ocupa viene también, en mayor o menor medida, impulsado con este sistema imparable denominado globalización, sin que los Estados, en no pocas ocasiones, puedan ejercer adecuadamente su función protectora. No cabe duda, que la comunidad social de un determinado Estado ante la globalización puedan sentirse reforzados por reclamar derechos para sí, pero también el coste que se paga por ello no es otro que la reducción sobre la autonomía estatal ya que progresivamente se enfrentan a exigencias superiores derivadas de la propia sistemática globalizadora.

Desde el punto de vista político, la globalización implica que los Estados “cedan” parte de su soberanía en la toma de decisiones. Autores como Galiana se pronuncian a tal respecto cuando defienden que, “el

---

5 FALCÓN y TELLA, F.; “Hacia un nuevo orden mundial: El fenómeno de la globalización”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, Volumen VIII, Universidad Complutense, Madrid, 2007, p. 115.

6 FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; “Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Número 21, Dykinson, Madrid, 2001, p. 101.

7 VELARDE, C.; *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*. Civitas, Madrid, 2003, p.14.

8 NINO, C.S.; *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 1

concepto de soberanía nacional ha sido inmutable. Por cierto, un principio sagrado de las relaciones internacionales. Es un principio que cederá sólo lentamente y con renuencia a los nuevos imperativos de la cooperación ambiental global”<sup>9</sup>

Así lo reconoce Habermas cuando defiende que “un Estado que está progresivamente enredado en las interdependencias entre la economía global y la sociedad global, ve reducirse su autonomía, su capacidad de acción y su sustancia democrática”<sup>10</sup>. Esta idea reconduce al planteamiento que reconoce al fenómeno de la globalización, no solamente porque genera el llamado efecto de “supranacionalización” de las fronteras, sino que también provoca el efecto justamente contrario, el de producir un giro hacia los localismos, donde la sociedad se reivindica en sus múltiples facetas.

Esta consideración la defiende Giddens cuando expone que “la globalización es, pues, una serie compleja de procesos, y no uno sólo. Operan además, de manera contradictoria o antitética”<sup>11</sup>.

En la línea, no son pocos los autores que reconocen que la globalización ha creado un nuevo modelo de sociedades a las que se le reconoce como “sociedades de conocimiento”, precisamente por la evolución sobre las innovaciones en el sector de la información y la comunicación<sup>12</sup>. Todo ello, está directamente relacionado con la idea que Hallak defiende sobre los efectos de la globalización en el trabajo y su correlación con los factores de movilidad y flexibilidad laboral, así como en la incidencia del uso y dominio de las nuevas tecnologías, en los distintos sectores productivos.

De manera muy específica, algunos autores hacen alusión al aumento de la exclusión social cuando entienden que “las empresas transnacionales, aprovechando los costes sociales bajos, la mano de obra

9 GALIANA ROS, M.; “La derrota de la globalización”, *Mandala*, Madrid, 2011, p. 21.

10 HABERMAS, J.; “El valle de lágrimas de la globalización”, *Claves de Razón Práctica*, Número 109, Madrid, 2001, p. 5.

11 GIDDENS, A.; *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Taurus, Madrid, 2000, p. 25.

12 HALLAK, J.; *Globalización, derechos humanos y educación*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Unesco), París, 1999, p. 8.

barata y la escasa conflictividad laboral, se asientan en los “países del tercer mundo”, aumentando aún más, esa brecha que ya existe entre ciudadanos de un mundo rico y otro pobre”<sup>13</sup>. En este contexto, los sujetos procedentes de países con escasos recursos y por tanto, especialmente vulnerables, se convierten en una mano de obra barata, con unas condiciones laborales en precario y escenarios abusivos.

Esta condición de especial vulnerabilidad a la que se ven abocadas muchos de los sujetos procedentes de países a los que se les conoce como tercer mundo, tiene como respuesta inmediata la vulneración de la dignidad personal ya que su ámbito de protección y garantía de derechos fundamentales no quebranta, de ninguna manera, las reglas que impone el mercado. Así lo reconoce Pomares cuando en su obra entiende que “el trabajador es sobre todo fuerza productiva, una situación que se agrava respecto del perfil económico que define al extranjero inmigrante, al que se le reserva un status de inferioridad legal y excluyente, y que suele coincidir con el perfil de la víctima de la trata”<sup>14</sup>.

El modelo de capitalismo feroz que presenta la economía de algunos Estados constituye, sin lugar a dudas, un caldo de cultivo para la aparición de asociaciones criminales que tienen como único objetivo la trata de seres humanos. De ahí, que se pueda llegar a pensar que es la propia economía del mercado quien determina la dignidad personal, y por tanto, el postulado de la dignidad humana como derecho universal o “criterio fundante de los valores, los principios y los derechos”<sup>15</sup>.

Mientras que la globalización se ha establecido en las distintas comunidades sociedades, el fenómeno antiglobalización ha pretendido neutralizar los efectos globalizadores. Es lo que el profesor De Lucas señala como “repliegue identitario”, intentando reforzar la identidad o cultura

13 PÉREZ CEPEDA, A. I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 5

14 POMARES CINTAS, E.; “El delito de trata de seres humanos con Finalidad de explotación laboral” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Número 13-15, Universidad de Jaén, Jaén, 2011, p. 5.

15 PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho”, *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, Número 26, Dykinson, Madrid, 2003 p. 65.

identitaria propia, frente a los efectos identitarios de la globalización, como una enfermedad de la democracia, una patología reaccionaria frente a la globalización<sup>16</sup>.

En la actualidad, los análisis que se han realizado sobre los posibles efectos que produce la globalización en la trata de seres humanos, resultan insuficientes. Sin embargo, la proyección del impacto sobre la trata de seres humanos, pone de manifiesto la preocupación por parte de los Estados que intentan, en todo caso, garantizar la protección de los derechos humanos de la persona basándose sobre todo en el plano que asume la dignidad como soporte vital del resto de los derechos.

## II. La globalización como punto de partida

La globalización viene entendida “como un proceso a través del cual el intercambio dinámico de bienes y servicios, el flujo de capitales y la tecnología acentúan la interdependencia entre los mercados de los diferentes países”<sup>17</sup>. Por tanto, acomodar las diferentes formas que puede asumir la macro estructura económica y su incidencia en las diferentes culturas societales que representa la propia globalización, implicaría un difícil trabajo, ya que entran en juego muchos intereses, en los que en no pocas ocasiones, no priman en la escala de valores (como puede ser el reconocimiento y la garantía de los derechos inherentes al ser humano). Se quiere expresar con ello, que la globalización desde una visión puramente económica, puede llegar a obstaculizar los objetivos declarados reconocidos en la universalidad de los derechos humanos, impidiendo por tanto, la igualdad de derechos y oportunidades a todos los hombres<sup>18</sup>.

Con tal planteamiento, lo que se quiere defender no es otra cuestión que en palabras de Eusebio Fernández a propósito del reconocimiento de

---

16 DE LUCAS MARTÍN, J.; *Globalización e Identidades: claves políticas y jurídicas*, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 13 y ss.

17 PÉREZ SALGADO, I.; *Globalización y Administración Pública*, cit. pp. 1-6.

18 DE LUCAS MARTÍN, J.; “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos: (en el 50 aniversario de la Declaración del 48)”, en *Jueces para la Democracia*, Número 32, 1998, pp. 3-9.

los derechos universales no es más que “la aceptación de la propuesta de que la razón básica para tener derechos hay que buscarla en el valor que se presupone a cada persona humana, singularmente considerada, y no a cualquier peculiaridad racial, sexual, social o cultural”<sup>19</sup>.

En este sentido, se pronuncia Gago Guerrero cuando defiende que, “las leyes que surjan por exigencia de los derechos habrán de ser el remedio para orientar o exigir situaciones específicas, siendo ellas las que obligan a actuar al poder político, determinando las reglas de acción. Así se puede reunir necesidad racional universal con obligación política”<sup>20</sup>.

Desde un punto de vista espacio-temporal la globalización se presenta como un fenómeno que se caracteriza fundamentalmente por la agilidad en el “intercambio” entre países y qué duda cabe, el avance en torno a las innovaciones marítimas terrestres, las TIC, etc, que también han colaborado a proyectar esa agilidad.

Autores como Bauman reconocen, en este sentido, que “el capital se ha hecho extraterritorial, ligero, sin estorbos y desincrustado hasta un extremo sin precedentes, y el nivel de movilidad espacial que ya ha alcanzado es suficiente para chantajear a los organismos políticos vinculados con el territorio para que se sometan a sus exigencias. Habiendo soltado el lastre de la maquinaria voluminosa y las enormes dotaciones de las fábricas, el capital viaja ligero, sólo con equipaje de mano: una cartera, un ordenador portátil y un teléfono celular”<sup>21</sup>. Se desprende de su línea argumental que el capitalismo resulta un elemento favorecedor de la globalización y por tanto, de la evolución en las relaciones socioeconómicas e incluso políticas. A resulta de esta evolución, el escenario en el que nos encontramos no es otro en donde la máquina sustituye a la persona propiciando por ende, el dominio de las grandes multinacionales sobre las pequeñas y medianas empresas que en ninguno de las maneras podrán competir en términos de

19 FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; “Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita”, cit., p. 101.

20 GAGO GUERRERO, P. F.; “Consideraciones sobre la relación entre los derechos humanos y la esencia de la política”, *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 11., Madrid, 2010, p. 167.

21 BAUMAN, Z.; *La sociedad individualizada*, Cátedra, Madrid, 2001, pp. 36-37

igualdad.

En este punto, no se puede obviar el papel que juegan las grandes multinacionales en relación a las condiciones en las que se encuentran los trabajadores. En ese sentido se pronuncia Pérez cuando defiende que “las empresas transnacionales, aprovechando los costes sociales bajos, la mano de obra barata y la escasa conflictividad laboral, se asientan en los “países del tercer mundo”, aumentando aún más, esa brecha que ya existe entre ciudadanos de un mundo rico y otro pobre. De esta forma, se violan impunemente los derechos humanos más elementales y se atenta acumulativamente contra los recursos ecológicos y culturales mundiales sin ningún tipo de control”<sup>22</sup>.

Precisamente por ello, la globalización se presenta como un fenómeno económico favorecedor del crecimiento de la economía mundial así como su categorización en la internacionalización del comercio entre los diferentes países posibilitan no sólo transacciones económicas, sino también de bienes y servicios.

Así, se pronuncia el profesor De Julios-Campuzano cuando reconoce que “la globalización es algo más que un proceso de superación de las economías parciales de los Estados y su suplantación acelerada por un único espacio de intercambio de carácter global. Implica, fundamentalmente, un salto cualitativo en la expansión del capitalismo, un capitalismo que, al desvincularse del modelo económico estatal, se convierte en apátrida, un capitalismo sin raíces y sin territorio, que va de acá para allá buscando el máximo beneficio”<sup>23</sup>. Por ello, no resulta extraño que las grandes multinacionales realicen su fabricación en países donde el reconocimiento de los derechos humanos no resultan garantizados, y por tanto, el coste de la producción queda reducido. Ante este escenario, el colectivo de los inmigrantes queda expuesto a una situación de especial vulnerabilidad ya que se van a posicionar en el último eslabón de la cadena de producción.

---

22 PÉREZ CEPEDA, A. I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, cit. p. 5.

23 DE JULIOS-CAMPUZANO, A.; *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 20-21.

Todo ello tiene como respuesta directa que las condiciones laborales no solo sean precarias sino que puedan resultar incluso abusivas.

### III. **La incidencia de la globalización en la fenomenología de la trata**

Cuando se hace referencia a la esclavitud, la conceptualización con carácter general es la que viene reconocida como una forma involuntaria de servidumbre humana. Una servidumbre que en su génesis, no son pocos los textos normativos que contemplan la positivación de la institución de la esclavitud, proclamando el catálogo de personas como meros objetos. Por tanto, en la actualidad es perfectamente identificable la trata de seres humanos como una moderna forma de esclavitud. Donde la trata de seres humanos, con independencia de ser considerada multifactorial por sus causas, su proyección material inmediata no es otra que el sometimiento de una persona frente a otra donde una de ellas ejerce una situación de supremacía y de poder.

La evolución que ha sufrido la institución de la esclavitud a lo largo de la historia nos ha demostrado que el reconocimiento de los derechos humanos como derechos inmanentemente propios a la naturaleza humana no ha sido del todo homogéneo, sino que su reconocimiento ha sido paulatino y diferenciado.

La deshumanización en la historia de la esclavitud lleva implícito el sometimiento de una persona a otra por el uso de la fuerza y así viene entendida por Marina y Valgoma cuando reconocen que “cuando apareció el hombre, el universo se amplió con invenciones maravillosas e invenciones malvadas. En ninguna de ambas ocupaciones nos hemos concedido reposo”<sup>24</sup>. No cabe duda que, por espeluznante que pudiera parecer, la fenomenología de la trata de seres humanos merma la dignidad personal y con ella los derechos inmanentemente propios de la naturaleza humana, reduciéndolo a un objeto susceptible mercantilización. Indiscutiblemente,

<sup>24</sup> MARINA, J. A. y VALGOMA, M.; *La lucha por la dignidad*, Anagrama, Madrid, 2005, p.18.

la magnitud que alcanza el reconocimiento de la esclavitud, se proyecta en la vulneración directa de los derechos más elementales del ser humano, sus derechos naturales como ser, como persona.

La incidencia de la globalización, en este sentido, no circunscribe su esfera de actuación en el aspecto mercantil o económico, sino también a la esfera cultural y social de los distintos países, lo que nos hace vislumbrar una transformación en las diferentes sociedades diferenciadas entre ricas o pobres.

Por ello, la internacionalización de las redes o mafias criminales ven una vía muy fructífera en la oferta y la demanda del mercado laboral en países económicamente devastados para conseguir mano de obra barata. En este sentido, la trata de seres humanos en los términos de oferta y demanda pervierten su conceptualización y lo trasladan a maximizar el beneficio a través de la explotación humana.

Una de las principales causas que promueven la explotación humana es precisamente los movimientos migratorios, movimientos que además suelen caracterizarse por personas que proceden de países más desfavorecidos económicamente y que anhelan encontrar un horizonte de esperanzas. En busca de ese horizonte, las restricciones propias de las leyes de inmigración y el aumento de las barreras migratorias de los denominados países de primer mundo hacen que entre en juego la desesperación y esa misma desolación, les obliga a una toma de contacto con aquellas personas que pertenecen a organizaciones criminales que en el futuro se convertirán en sus propios captores. Por ende, en ese mismo instante se convierten en personas especialmente vulnerables.

Por todo ello, resulta ineludible realizar un análisis sobre la globalización sin tener en consideración las migraciones internacionales, los flujos migratorios y la vinculación tan estrecha que guarda con el tráfico de seres humanos.

Ello no quiere decir de manera categórica, que la trata de seres humanos tenga naturaleza transnacional, ya que en un análisis sobre el fenómeno en cuestión, puesto que se puede observar que también puede



producirse en el propio país de origen.

La inmigración económica y la constante vulnerabilidad de los inmigrantes procedente de países sin recursos, países en guerra, en definitiva con condiciones adversas en el plano económico, político o social, también constituye un factor de diferenciación entre Estados ricos y Estados pobres a nivel mundial. Precisamente por ello, resulta lógico que ante la imposibilidad que tienen los sujetos en su país de origen acceder a los recursos mínimos que le garanticen un mínimo de vida digna que posibilite un pleno desarrollo de su personalidad, decidan traspasar las fronteras hacia los países del primer mundo.

En lo que respecta a la globalización en la actualidad, no se ha logrado un criterio unánime relativo a la necesidad de articular una colectividad moral bajo la creación de una suerte de nacionalidad mundial. Las distintas nacionalidades siguen teniendo su cabida y las distintas entidades políticas practican su soberanía con la exclusión de algunos, calificados de extranjeros, frente a una posición privilegiada de los nacionales en el ejercicio de ciertos derechos, concluyendo en la afirmación particularista del concepto de nación como sujeto esencial de las relaciones políticas que se califica como Estado nacional<sup>25</sup>.

De hecho, la primera restricción que se encuentran muchos extranjeros que anhelan salir de su país de origen en búsqueda de una vida con mejores expectativas, es precisamente el acceso al país de acogida, ya que el aumento de las barreras restrictivas que en la actualidad se han impuesto para la entrada y permanencia legal en los llamados Estados de primer mundo, hace que la situación se convierta en el escenario perfecto de las mafias que comercializan con los seres humanos. Vistas así las cosas, las organizaciones criminales aprovechan ese anhelo de alcanzar una vida mejor para captar a sus víctimas para posteriormente explotarlas desde cualquier parte del mundo.

En este punto, hay que tener en consideración que no todos los supuestos de trata adquieren naturaleza transnacional, lo cierto es que como

25 SOTELO MARTÍNEZ, I., "Estado y nación en un mundo global", en *Claves de Razón Práctica*, n.º 145, septiembre, 2005, pp. 42 y ss.

viene defendido por parte de la doctrina, afectan a inmigrantes en el marco del tránsito internacional de personas<sup>26</sup>.

Un análisis sobre los posibles efectos que resultan de la globalización nos hace comprobar que todavía queda mucho trabajo por realizar. No empero, un estudio sobre la proyección del impacto de la misma en el fenómeno de la trata de seres humanos, pone de manifiesto la preocupación generalizada que existe por parte de todos Estados que aspiran, cuanto menos, garantizar la protección de los derechos humanos en la figura del inmigrante.

El carácter universal del reconocimiento de los derechos inherentes al ser humano no se discute, dada la condición universal de los conceptos de persona y personalidad. Precisamente por ser un postulado universal habrá que estar atentos a los obstáculos concretos que presenta su realización con respecto a determinados individuos o grupos de individuos. Y habrá que emprender acciones que supongan un mayor esfuerzo cuando de lo que se trata es de superar esos obstáculos. Es lo que sucede sin duda en el caso de los inmigrantes o personas que se ven obligadas a salir de su país de origen por el estadio vital de inseguridad y hambruna en la que se encuentran. La realización universal del postulado en el reconocimiento de sus propios derechos se despliega en una serie de acciones de los demás tendentes a que el titular del derecho en cuestión pueda realmente hacerlo efectivo. En este sentido, se echa en falta por parte de las políticas públicas de inmigración una mayor atención en el control de flujos migratorios para evitar las mafias que comercializan con seres humanos.

Lo primero que habría que tener presente es cuál es el objetivo real que está guiando a las políticas públicas de inmigración, bien se trate de un objetivo declarado o no declarado, y los intereses concretos que sirve ese objetivo, suscitando en ese sentido la necesidad de tomar en consideración las condiciones de la persona como la auténtica guía de la acción estatal. Hay que satisfacer, ante todo, las exigencias que impone el postulado de

---

26 Por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, C.; *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 87.

la dignidad personal, en particular cuando se trata de exigencias especiales que impone la singular posición de desamparo en que se encuentra muchas personas que ya de entrada, por su propia condición, se les aumenta sus indicadores criminógenos en la victimología.

La gran paradoja es que, sin embargo, estas políticas de inmigración hacen a la hora de la verdad caso omiso en general del propio valor personal del inmigrante para centrarse prioritariamente en la preservación de los intereses de los individuos que integran la sociedad de acogida<sup>27</sup>. Las políticas de inmigración constituyen, en este sentido, un instrumento más para la consolidación de una situación de desigualdad que, si tomáramos en serio el principio de universalidad de los derechos humanos, habría que intentar corregir radicalmente con la mayor urgencia.

Así lo ha visto Luigi Ferrajoli cuando señala que “No es una objeción teórica sino una petición de principio la del carácter irrealizable y, por consiguiente, utópico, de la perspectiva de un orden mundial basado en instituciones internacionales idóneas para garantizar la igualdad de todos los seres humanos en los derechos de la persona, a causa de los intereses políticos y económicos que se oponen a la misma y que coinciden, evidentemente, con los de los países más ricos y poderosos que bien realizarla con sólo quererla”<sup>28</sup>

La tesis de Luigi Ferrajoli cuando habla de los derechos fundamentales como “leyes del más débil frente a la ley del más fuerte”<sup>29</sup> cobra aquí todo su sentido. La defensa de los derechos de los sujetos especialmente vulnerables, en este caso, los sujetos que cuentan con un indicador claro para caer en las organizaciones criminales, se proyecta como derechos cuya titularidad resulta inherente a la condición humana y se plantea sobre todo ante la inexplicable, y desde luego condenable actitud de un Estado que muchas veces se muestra obcecado en tratar al

27 MIRAUT MARTÍN, L.; “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en AA.VV., Laura Miraut Martín (ed.); *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 333.

28 FERRAJOLI, L.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (traducción de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdoba, Marcos Criado y Gerardo Pisarello), Trotta, Madrid, 2001, p. 337.

29 *Ibidem*, p. 369.

inmigrante como si se tratara de un sujeto inferior al resto de los individuos que integran la comunidad social de referencia.

Por ello, no resulta extraño que la génesis delictual de la trata de seres humanos comience por la posibilidad del tránsito internacional de seres humanos que respalda el modelo económico de la globalización y el traspaso de fronteras de personas procedentes de países más desfavorecidos hacia los que se conocen como países de primer mundo. Es decir, el modelo económico que avala el sistema de globalización posibilita la instrumentalización de personas reduciéndoles a pura mercancía dentro del mercado ilícito a través de las prácticas en el fenómeno de la trata de seres humanos<sup>30</sup>. En este sentido, los seres humanos quedan reducidos a una mera mercancía o instrumento económico que será evaluado, en todo caso, por su capacidad laboral y el rendimiento que pueda llegar a generar.

Precisamente por ello, autores como Bales, entiende que el fenómeno de la trata de seres humanos o la nueva forma de esclavitud moderna, adecúa el valor de la persona en dependencia del rendimiento obtenible. Para ello, los tratantes no tendrán ningún tipo de miramientos en rentabilizar su mercancía bajo amenazas o coacciones sin tener ningún respeto a su supervivencia<sup>31</sup>.

La incidencia de la globalización en el fenómeno que estamos abordando, nos hace comprobar las ventajas e inconvenientes que resultan del fenómeno globalizador y es precisamente en este contexto, donde se despliega el poder de las mafias y organizaciones criminales ante el fenómeno de la trata.

La trata de seres humanos conocida como la forma de esclavitud del siglo XXI, se materializa principalmente a través de la explotación sexual y laboral, y junto al terrorismo, constituye uno de los grandes retos y

---

30 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; "Mundialización y Justicia Penal", en *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 41-1/2, 2003, p. 71; GARCÍA ÁLVAREZ, P.; "Delitos relativos al régimen de extranjería", en AA.VV. Andrés Rodríguez Benot y César Hornero Méndez (coord.); *El nuevo Derecho de Extranjería. Estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social*, Comares, Granada, 2001, p. 384.

31 BALES, K.; *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI, Madrid, 2000, p. 43.

grandes problemas para los Estados<sup>32</sup>.

Precisamente por ello, no resulta extraño que muchos autores ya hablen de una globalización del delito<sup>33</sup> porque precisamente estas organizaciones criminales pueden operar desde cualquier parte del mundo captando en países más desfavorecidos a sus víctimas con el único objetivo de explotarlas en cualquier parte del mundo. Se pronuncia a tal respecto Anguita cuando defiende que “Estas mafias internacionales tienen su principal campo de actuación en los países más vulnerables no sólo económicamente hablando, sino también en lo que a lo social y político se refiere, de ahí, se surten para sus actividades criminales, siendo el segundo negocio criminal más lucrativo después del narcotráfico”<sup>34</sup>.

Precisamente por ello, no resulta extraño que la fenomenología criminal se fomente por considerarse una actividad sumamente rentable para las organizaciones criminales.

Teniendo en consideración el lucro que genera desde el punto de vista de la economía en un mundo globalizado, hay que tener en cuenta dos consideraciones. Por un lado, se requiere de un país, (normalmente de primer mundo) que demande mano de obra barata, y por otro, personas que por su situación personal se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad en su país de origen. Precisamente por ello, “el principal motor de este comercio, es la demanda de mujeres y menores de edad destinados a la explotación”<sup>35</sup>, proveniente de países más desfavorecidos.

Precisamente muchos autores como Villacampa se han pronunciado esgrimiendo que, “la delincuencia propia de la globalización es aquella que trasciende a las fronteras de un solo Estado, que esencialmente se endereza

32 ANGUITA OLMEDO, C.; “El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del siglo XXI”, *Nómadas en Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Universidad Complutense, Volumen 15, Número 1, Madrid, 2007, pp. 3-16.

33 VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, cit. p. 88.

34 ANGUITA OLMEDO, C.; “El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del siglo XXI”, cit., p. 15.

35 GARCÍA VÁZQUEZ, S.; “La lucha contra la trata de seres humanos a nivel internacional, comunitario y nacional”, en A.A.VV., M.C. Vidal Fueyo(coord.); *La Trata de Seres Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 15.

a la búsqueda de rendimiento económico y que requiere de la adopción de estrategias complejas, que pueden articularse mediante el empleo de estructuras organizadas<sup>36</sup>.

Visto así, las organizaciones criminales se benefician de “las ventajas de la globalización”<sup>37</sup> ya que constituye una herramienta muy eficiente para la expansión a nivel internacional de las redes criminales en la trata de seres humanos<sup>38</sup>.

#### IV. La migración internacional en un mundo globalizado

La sorprendente notabilidad que presentan en la actualidad las migraciones internacionales nos obliga a realizar un estudio sobre la génesis que presentan los contextos económicos, sociales o culturales de los países en el que se originan.

Una primera consideración sería la que resulta de como el tránsito internacional de personas viene justificado en mayor o menor medida por el fenómeno de la globalización económica. Esta aseveración, viene avalada por numerosos estudios y estadísticas que nos hacen comprobar el perfil de las víctimas que están en manos de redes y organizaciones criminales sujetas y sometidas a sus captores. La mayoría de las víctimas son procedentes de países económicamente más desfavorecidos y que buscan en el traspaso de las fronteras una visa no solo su libertad, sino también para alcanzar un mejor nivel de vida para sí mismo y sus familiares. Tenemos que tener en cuenta, que la mayoría de las redes criminales emplean la extorsión a través de las amenazas de muerte sobre la familia que deja la víctima en su país de origen sino acceden a realizar las actividades o servicios que les exigen.

36 VILLACAMPA ESTIARTE. C.; “La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada. Especial referencia al derecho positivo español”, en AA.VV., C. Villacampa Estiarte (coord.); *La Delincuencia Organizada: Un Reto a la Política Criminal Actual*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 123.

37 PÉREZ ALONSO, E. J.; *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 39.

38 PÉREZ CEPEDA, A. I.; “La Trata de seres humanos en el Derecho Penal Español”, en AA.VV., C. Villacampa Estiarte (coord.); *La Delincuencia Organizada: Un reto a la Política Criminal Actual*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 1 y ss.

Así lo recoge Prieto Sanchís, cuando defiende que “cuando se vive en la miseria o en la marginación social, cuando se carece de trabajo, vivienda, atención sanitaria o cultura, en definitiva, cuando las urgencias materiales acaparan la mayor parte del tiempo y del esfuerzo de los hombres difícilmente estos dispondrán del ocio y de la formación suficiente para pensar en libertad”<sup>39</sup>.

Otra de las consideraciones que hay que tener en cuenta en los movimientos migratorios es precisamente el alcance mundial que favorece la globalización. Las redes criminales encuentran un gran beneficio, por la complejidad que supone en muchos casos el traspaso de fronteras, cuando las víctimas salen de su país con una falsa promesa de trabajo. Es en este punto, donde cobra todo su sentido el que las organizaciones criminales entran en escena para la materialización de la entrada ilegal en los países receptores donde adquieren unas cuantías económicas muy satisfactorias a través de los elevados precios que pagan los inmigrantes por cruzar las fronteras. Donde además, esas mismas personas pueden llegar a convertirse en víctimas siendo utilizadas para la explotación sexual o laboral.

Precisamente la anomia existente en muchas políticas de legislativa penal en materia de trata de seres humanos en países receptores, hace que para las mafias resulte el negocio perfecto de traer a sus víctimas para explotarlas en el país de origen. En este sentido se pronuncia Hatton, cuando reconoce que “el alcance y la trascendencia del fenómeno migratorio tendrá una mayor o menor intensidad dependiendo del carácter nacional o internacional y la voluntariedad o involuntariedad del migrante”<sup>40</sup>. De este modo, las garantías de protección del inmigrante dependerán en todo caso, del grado de universalidad que le otorguen a los derechos inherentes a la naturaleza humana en el país receptor.

39 PRIETO SANCHÍS, L.; “Autonomía y derecho” en AAVV., J. Ballesteros, M.E. Fernández Ruíz-Gálvez y A. Martínez Pujalte (coords.); *Justicia, Solidaridad, Paz, Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Volumen I, Universidad de Valencia, Colegio Notarial de Valencia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Valencia, 1995, p. 393.

40 HATTON, T. J. y WILLIAMSON, J.; *Global migration and the World economy. Two centuries of policy and performance*, The MIT Press, Cambridge-London, 2005, pp. 8 y ss.

En este sentido, el profesor Ara Pinilla defiende que “reivindicar los derechos de los inmigrantes supone en último término devolver a los derechos humanos su referencia universal, que sin duda constituye una connotación inmanente a su propia formulación, una condición inderogable sin o se quiere poner en cuestión el reconocimiento del individuo (sin mayores acepciones ni precisiones) como titular de los derechos que proyectan de manera inmediata su dignidad”<sup>41</sup>.

Ahora bien, un intento por esclarecer los posibles indicadores criminógenos que acompañan a la fenomenología de la trata de seres humanos, nos hace comprobar que su resultado no es determinante, puesto que si bien es cierto que las migraciones constituyen uno de los elementos cruciales en el fenómeno que nos ocupa, no es menos cierto que la misma adquiere diferentes dimensiones.

Así lo reconoce el profesor De Lucas cuando reconoce que “las actuales características del fenómeno migratorio, muestran que se ha convertido en constante estructural, factor sistémico del mundo globalizado. Porque los nuevos flujos migratorios constituyen un fenómeno global, complejo, integral”<sup>42</sup>. Por tanto, su identificación como un fenómeno global afecta al mundo entero entendiéndose, por tanto, como un auténtico desplazamiento del mundo, así lo reconoce cuando afirma que “los flujos migratorios aparecen como el auténtico mascarón de proa de la globalización, pues lo anuncian, o dicho de otro modo, en la medida en que se incrementa el proceso de globalización aumentarían también las migraciones”<sup>43</sup>.

En los movimientos migratorios cuando se hace referencia a la trata de seres humanos y al tráfico de seres humanos tenemos que tener presente que ambos se presentan como la cara y la cruz de la misma moneda, ya que

41 ARA PINILLA, I.; “La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes”, en AA.VV., L. Miraut Martín (ed.); *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 114.

42 DE LUCAS MARTÍN, J.; “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en AA.VV., L. Miraut Martín (ed.); *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 19.

43 *Ibidem.*, p. 17.



ambos precisan de los movimientos migratorios para su realización.

La trata y el tráfico en su relación con la migración se materializa con el desplazamiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica a otra donde la persona puede realizar el desplazamiento de manera voluntaria como es el caso que resulta del tráfico de migrantes, o bien, cuando el sujeto se ve forzado nos encontramos ante el delito de trata de seres humanos.

## **V. Conclusiones**

Como se ha podido comprobar, el fenómeno de la globalización no queda reducido simplemente a un ámbito de actuación como puede ser el terreno financiero o económico, sino que también se proyecta en la esfera cultural, social o económica de los diferentes países. En este contexto de globalización, también se solidifica la internacionalización del crimen y las redes de delincuencia internacional que desarrollan sus actividades sobrepasando fronteras.

Las organizaciones criminales se benefician de las ventajas que ofrece la globalización como instrumento eficiente para la expansión de la trata de seres humanos. En este sentido, se sustentan especialmente de la oferta y la demanda del mercado laboral y dirigen todos sus esfuerzos en la búsqueda de mano de obra “barata”. De ahí, que se imponga la ley de mercado y por ende, el abaratamiento de costes con sus correspondientes máximas en beneficios.

Un análisis sobre la victimología en la trata de seres humanos, nos hace comprobar que las principales víctimas son aquellas personas que emigran de sus países en busca de una mayor calidad de vida. En aras de alcanzar ese objetivo entran en contacto con redes criminales donde quedarán expuestas a la explotación, la servidumbre, la pobreza y la discriminación, es decir, en una situación equiparable a la de la esclavitud.

El fenómeno de la trata de seres humanos tiene como respuesta inmediata la criminalidad global y transfronteriza y es precisamente por ello,

que las políticas públicas en materia legislativa-penal deben ahondar todos sus esfuerzos en la realización de una respuesta contundente no sólo hacia las víctimas sino también a los victimarios. Así lo defiende Pomares cuando expone que es “necesario fortalecer la legislación nacional para combatir el trabajo forzoso, y las sanciones contra quienes sacan provecho de ello deben ser aplicadas rigurosamente. Sin embargo, las respuestas contra el trabajo forzoso también requieren de una comprensión de las causas socioeconómicas que lo originan. Las víctimas de la trata, mientras están buscando empleos decentes, son mantenidas en servidumbre por deudas o en condiciones similares a la esclavitud, y están atrapadas en la pobreza y la discriminación”<sup>44</sup>.

Es, además una responsabilidad colectiva por parte de todos los Estados donde la comunidad internacional debe implicarse de manera especial con el objetivo de fortificar las garantías que con carácter universal, deben proteger a todo ser humano.

## VI. Referencias Bibliográficas

ANGUITA OLMEDO, C.; “El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del siglo XXI”, Nómadas en *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Universidad Complutense, Volumen 15, Número 1, Madrid, 2007.

ARA PINILLA, I.; “La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes”, en AA.VV., L. Miraut Martín (edit.); *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.

BALES, K.; *La nueva esclavitud en la economía global.*, Siglo XXI, Madrid, 2000.

BAUMAN, Z.; *La sociedad individualizada*, Cátedra, Madrid, 2001.

BECK, U.; ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a

44 POMARES CINTAS, E.; *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013, p. 17.

la globalización, (traducción de B. Moreno y M.B. Borrás, Paidós, Barcelona, 2002.

DE JULIOS-CAMPUZANO, A.; *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Dykinson, Madrid, 2003.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; “Mundialización y Justicia Penal”, en *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 41-1/2, 2003.

DE LUCAS MARTÍN, J.; “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en AA.VV., L. Miraut Martín (ed.); *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.

DE LUCAS MARTÍN, J.; “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos: (en el 50 aniversario de la Declaración del 48)”, en *Jueces para la Democracia*, Número 32, 1998.

DE LUCAS MARTÍN, J.; *Globalización e Identidades: claves políticas y jurídicas*, Icaria, Barcelona, 2003.

FALCÓN y TELLA, F.; “Hacia un nuevo orden mundial: El fenómeno de la globalización”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, Volumen VIII, Universidad Complutense, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; “Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Número 21, Dykinson, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, L.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (traducción de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdoba, Marcos Criado y Gerardo Pisarello), Trotta, Madrid, 2001.

GAGO GUERRERO, P. F.; “Consideraciones sobre la relación entre los derechos humanos y la esencia de la política”, *Anuario de Derechos*

- Humanos*. Nueva Época. Vol. 11., Madrid, 2010.
- GALIANA ROS, M.; “La derrota de la globalización”, Mandala, Madrid, 2011.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.; “Delitos relativos al régimen de extranjería”, en AA.VV. Andrés Rodríguez Benot y César Hornero Méndez (coord.); *El nuevo Derecho de Extranjería. Estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social*, Comares, Granada, 2001.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S.; “La lucha contra la trata de seres humanos a nivel internacional, comunitario y nacional”, en AA.VV., M.C. Vidal Fueyo(coord.); *La Trata de Seres Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- GIDDENS, A.; *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Taurus, Madrid, 2000.
- HABERMAS, J.; “El valle de lágrimas de la globalización”, Claves de Razón Práctica, Número 109, Madrid, 2001.
- HALLAK, J.; *Globalización, derechos humanos y educación*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Unesco), París, 1999.
- HATTON, T. J. y WILLIAMSON, J.; *Global migration and the World economy. Two centuries of policy and performance*, The MIT Press, Cambridge-London, 2005.
- MARINA, J. A. y VALGOMA, M.; *La lucha por la dignidad*, Anagrama, Madrid, 2005.
- MIRAUT MARTÍN, L.; “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en AA.VV., Laura Miraut Martín (ed.); *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.

- NINO, C.S.; *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Número 26, Dykinson, Madrid, 2003.
- PÉREZ ALONSO, E.J.; *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PÉREZ CEPEDA, A. I.; “La Trata de seres humanos en el Derecho Penal Español”, en AA.VV., C. Villacampa Estiarte (coord.); *La Delincuencia Organizada: Un reto a la Política Criminal Actual*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- PÉREZ CEPEDA, A. I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- PÉREZ SALGADO, I.; *Globalización y Administración Pública*, Publicaciones Universidad de Santiago, Chile, 2000.
- POMARES CINTAS, E.; “El delito de trata de seres humanos con Finalidad de explotación laboral” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Número 13-15, Universidad de Jaén, Jaén, 2011.
- POMARES CINTAS, E.; *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, L.; “Autonomía y derecho” en AA.VV., J. Ballesteros, M.E. Fernández Ruíz-Gálvez y A. Martínez Pujalte (coords.); *Justicia, Solidaridad, Paz, Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Volumen I, Universidad de Valencia, Colegio Notarial de Valencia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de

España, Valencia, 1995.

SOTELO MARTÍNEZ, I. “Estado y nación en un mundo global”, en *Claves de Razón Práctica*, nº. 145, septiembre, 2005.

STIGLITZ, J. E.; El malestar en la globalización, (traducción de C. Rodríguez Braun) Taurus, Madrid, 2002.

VELARDE, C.; *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*. Civitas, Madrid, 2003.

VILLACAMPA ESTIARTE; *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

VILLACAMPA ESTIARTE. C.; “La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada. Especial referencia al derecho positivo español”, en AA.VV., C. Villacampa Estiarte (coord.); *La Delincuencia Organizada: Un Reto a la Política Criminal Actual*, Aranzadi, Navarra, 2013.

---

## LOS FLUJOS MIGRATORIOS EN LA TRATA DE SERES HUMANOS

---

CANDELARIA DEL PINO<sup>1</sup>

*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ESPAÑA)*

### SUMARIO

I. Introducción. II. El control de las fronteras. III. La trata de seres humanos como manifestación delictiva criminal. IV. El sujeto en la trata de seres humanos. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Candelaria del Pino Padrón. Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. (España). E-mail: calutroule@gmail.com.

## I. Introducción

La trata de seres humanos, aunque resulte una idea extraña para muchos o un tema discreto en una sociedad moderna, existe.

Los flujos migratorios entre países con distinto marco económico y un nivel de rentas altamente diferenciado, es terreno abonado para el acceso a la trata de seres humanos. Colabora también a esta sistemática delictiva, la negación social de que exista el problema y que sea una lacra social a erradicar, por cuanto, en ningún discurso político que se precie se menciona ni se realiza ningún tipo de referencia al tema.

Así, desde un punto de vista formal, el fenómeno migratorio se presenta como una consecuencia lógica de la expansión del fenómeno de la globalización que caracteriza nuestra sociedad, pero no se relaciona con la facilitación de actividades delictivas en relación con la trata de seres humanos.

Aunque se ha de aceptar, no obstante, la evidencia de la existencia de otros factores que sin duda, de forma gradual y añadida, colaboran al aumento de dichos flujos migratorios y su incidencia en el fenómeno de la trata de seres humanos.

Esos diferentes factores y el intenso rechazo de las naciones a una entrada masiva de inmigrantes, refugiados o expatriados a sus fronteras, están provocando medidas extremas de control interno en algunos países europeos. Todo este control y rechazo sistemático ha sido incrementado notoriamente, por los incidentes de los nuevos atentados y su dinámica utilización política para generar rechazo a ideas de aperturismo.

La complejidad que ha asumido en la actualidad el fenómeno de la migración internacional, se caracteriza tal y como lo entiende la profesora Santana, fundamentalmente por la confusión de factores que le resultan inherentes. A tal respecto defiende que “si bien es cierto que la inmigración no resulta un fenómeno novedoso de las sociedades actuales, no es menos cierto que, los factores que inciden en la inmigración si se han modificado y con ello, los desafíos de los Estados en ampliar el control de sus fronteras”<sup>2</sup>.

2 SANTANA RAMOS, E.; “Los Derechos humanos como desafío de las políticas de inmigración en Europa” en *Cadernos de derecho actual*, Universidad de Santiago de Compostela nº 6, 2017, p. 185.



Como cortapisa a estos flujos migratorios que se han convertido en continuos en los últimos tiempos, los distintos Estados europeos están endureciendo sus políticas migratorias, en un intento de proteger la sociedad de bienestar y la seguridad de sus ciudadanos. Así, en su momento lo defendía Aja Fernández, como un bien a proteger sobremanera, resaltando la idea del bienestar como máxima de cualquier sociedad<sup>3</sup>.

En esa misma línea, Bonet defiende que la presión que ejercen los flujos migratorios actualmente sobre las fronteras, pone en peligro ese anhelado bienestar que desean ostentar todas las comunidades sociales<sup>4</sup>.

En este estado de cosas, el rechazo de los propios ciudadanos del país de acogida sobre el inmigrante irregular se representa como un virtual peligro que se proyecta como pérdida de ese estado de bienestar conseguido y como desafío relativo de grados de seguridad personal. Realizándose la identificación, incluso involuntaria, de que el inmigrante ya de entrada, es un sujeto desafiante de esos derechos de bienestar y seguridad adquiridos como seña de identidad de una sociedad.

Así parece entenderlo también Laura Miraut, cuando señala como uno de los prejuicios más comunes derivados del problema de la inmigración, la sensación de deterioro de la seguridad personal de los nacionales, ello es debido a la situación de marginalidad y delincuencia en la que puede verse inmerso el inmigrante, si no encuentra una rápida respuesta a sus carencias económicas al llegar al país de destino<sup>5</sup>. Idea que se contrapone con la consideración que defiende Cristina Fernández cuando expone que entre el factor delincuencia y emigración no existe ninguna relación de causalidad<sup>6</sup>.

3 AJA FERNÁNDEZ, E.; “Introducción. El marco general de los derechos de los inmigrantes”, en AA.VV., E. Aja Fernández (coord.); *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 12.

4 BONET PÉREZ, J.; “La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en AA.VV., Felipe Gómez Isa y J. Manuel Pureza (coord.); *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p.348.

5 MIRAUT MARTÍN, L.; “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en AA.VV., L. Miraut Martín (edit.) *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 334-335.

6 FERNÁNDEZ BESSA, C., ORTUÑOZ AIX, J.M. Y MANVELLA SUÁREZ, A.; “Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes”, en AA.VV., L. M. Puente Alba (dir.), L. Rodríguez Moro Y M. Zapico Barbeito (coord.); *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, pp. 228-231.

Desde un punto de vista que podríamos definir como cotidiano, hay que indicar que ambas tienen parte de razón, por cuanto no todos los delincuentes son inmigrantes, extranjeros o foráneos, ni todos los nacionales tienen esos prejuicios sin causalidad directa. Ello no impide que la idea transmitida y asumida por la mayor parte de la ciudadanía responda a que el inmigrante, refugiado o extranjero puede no tener respeto a las normas establecidas ni traer consigo medios propios de subsistencia, con lo cual necesitará apoyo y medios que minorarían los que ya posee el sistema para los propios nacionales. Ideas cotidianas, sobre las que muchas veces pivotan los discursos políticos y que provocan un rechazo mayor y en ocasiones bastante unánime, que incentivan el desinterés en problemas como la trata de seres humanos.

Por lo cual, en un afán de garantizar el bienestar del país receptor, los Estados europeos configuran políticas migratorias comunes con un marcado carácter restrictivo. En este sentido, se establece un endurecimiento de los controles fronterizos, con el objetivo de frenar la entrada de inmigrantes irregulares, y de este modo, de forma indirecta, se refuerza a las organizaciones delictivas que tienen como objetivo facilitar la superación de las barreras fronterizas.

Desde esta perspectiva, entiende el profesor De Lucas que en la Unión Europea se ha generalizado “un modelo de gestión de la inmigración que puede definirse en términos de política instrumental y defensiva, de policía de fronteras y adecuación coyuntural a las necesidades del mercado de trabajo”<sup>7</sup>.

En este sentido, resulta destacable mencionar la existencia de países que posibilitan la entrada de personas a través de visas de estudio, maquillando el resultado para acceder a la entrada del país. Puesto que esas visas, que a priori se conceden con un objetivo de formación académica, tienen como resultado la realización de actividades que nada tienen que ver con la misma. Es el caso que resulta de las mujeres que salen de su país de

---

7 DE LUCAS MARTÍN, J.; “Como introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en AA.VV., L. Miraut Martín (edit.); *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 20-21.

origen a través de las organizaciones criminales, con una visa por estudios y terminan trabajando en burdeles para pagar la deuda de los traficantes.

Por lo tanto, la negación del sujeto de decidir por sí mismo su proyecto migratorio, y en definitiva, su libertad de circulación<sup>8</sup>, se presenta ya de entrada, como una situación de fragilidad y vulnerabilidad de los derechos de los inmigrantes.

El inmigrante, en este sentido, queda estigmatizado como trabajador útil para la sociedad de destino, en ese contexto señala De Lucas que “le imponen condiciones forzadas de inmigración, supeditadas al interés exclusivo e instrumental de la sociedad de destino, que sólo le necesita como mano de obra y sujeta a plazo”<sup>9</sup>.

Desde el ángulo de actuación europeo, no deja de ser incongruente, que los Estados miembros hayan diluido sus fronteras interiores en favor de la creación del mercado único europeo a través del Convenio de Schengen, que facilita y garantiza la libre circulación de personas y mercancías. Desde esta consideración, expone Javier de Lucas que se han adoptado medidas en materia de inmigración que impidan o restrinjan la entrada de ciudadanos que no pertenecen a la Unión Europea, con la finalidad de evitar la entrada irregular de inmigrantes en el territorio comunitario<sup>10</sup>, utilizando instrumentos como la legislación penal para robustecer estas políticas migratorias.

La justificación principal de este tipo de medidas administrativas y policiales, enfocadas especialmente en materia de seguridad, persigue por parte de los distintos gobiernos de los Estados miembros, garantizar la estabilidad económica de la Unión Europea.

Así, en aras de salvaguardar este status económico, se incrementan las medidas de seguridad, en detrimento del libre ejercicio de algunos derechos y libertades del ciudadano extracomunitario, poniendo en serio peligro los pilares básicos en los que se asienta cualquier sociedad

8 Ibídem, pp. 20-21.

9 Ibídem, pp. 20-21.

10 DE LUCAS MARTÍN, J.; *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996, pp. 9 y ss.

democrática. Por lo cual, se plantea la eterna disyuntiva entre más seguridad queda limitada la libertad.

En este sentido, hay que recordar que la seguridad humana, en todo caso, debe garantizar la universalidad que implica el reconocimiento de los derechos humanos como derechos inherentes a todos los sujetos sin condicionamientos de ninguna naturaleza. Se trata, en definitiva, de procurar a través de estas garantías, que nos ofrece la universalidad de los derechos humanos, que sean incorporadas a las políticas de los distintos Estados derechos de una aplicación fáctica y cotidiana que permita el acceso de cualquier ser humano a una zona de confort y seguridad básicos para su existencia y pervivencia.

Pareciera que con la globalización en general y los flujos migratorios en particular, se incentivara el riesgo vital para quien se atreva a moverse de su país, cuando debería ser todo lo contrario, los países del mundo globalizado actual han de estructurar y facilitar la entrada, gestionando adecuadamente el acceso a los servicios básicos de esos “nuevos ciudadanos e impidiendo una lectura catastrofista de esta sistemática imposible de frenar, tal y como se ha podido constatar ampliamente en los últimos tiempos.

En España, ha quedado claro que quien virtualmente desbancaba la economía no era el “desmedido” uso de los servicios sociales y médicos por los inmigrantes, sino una suerte de desmanes político-económicos de los responsables gubernativos y de entidades bancarias constatadas en escenas lamentablemente cotidianas de nuestra esfera política en sede judicial.

En este sentido, se pronuncia Beck<sup>11</sup> cuando expone que las sociedades globalizadas no pueden quedar estigmatizadas como sociedades del riesgo. Todo lo contrario, la sociedad globalizada deberá unificar esfuerzos tendentes a garantizar los valores democráticos. Puesto que de lo contrario si existiera un desequilibrio en el desarrollo de las políticas de inmigración, se vendría abajo el principio de universalidad, que garantiza a “todos” sin excepción la seguridad que deben ostentar todos los individuos, en el contexto de un Estado derecho.

11 BECK, U.; *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 147.

Y no es baladí lo que aquí se indica, pues se nos olvida con mucha facilidad que el respeto a la vida humana empieza por tener en cuenta a quien más en riesgo la tiene, a esos refugiados, inmigrantes y extranjeros que pretenden acceder a zonas alejadas del miedo, el terror, el hambre y la inseguridad en la que se ven inmersos en sus países de origen en mayor o menor grado y que como cualquier otro ser vivo, huye y busca mejor futuro y protección.

## II. El Control de las fronteras

Los Estados receptores de emigrantes dificultan a través de medios legales la entrada de extranjeros en su territorio, estableciendo complejos procedimientos administrativos, que vienen a determinar la estancia legal en los mismos. Algunos autores, entre ellos Giddens, defienden que todo esto contribuye a que los emigrantes se vean abocados a entrar de forma irregular en el Estado receptor, para salir de la situación de miseria<sup>12</sup>.

Así, estos inmigrantes, llegan atraídos por la idea de la necesidad que tienen los países receptores de mano de obra de baja cualificación, y que muchas veces son trabajos que los nacionales del país no están dispuestos a realizar. De esta forma, quedan condicionadas las migraciones, planteada esta necesidad de mano de obra de los países receptores, desde el enfoque de que son tareas que sus propios nacionales se niegan a cubrir.

Señala Javier De Lucas que “las fronteras se abaten para un tipo de flujos y se alzan aún más fuertes para otros”<sup>13</sup>. Recalca el autor la idea de unas fronteras “porosas para el capital especulativo, la tecnología y la información y para la mano de obra que se requiere coyunturalmente en el norte, pero infranqueables para quien quiere emigrar al centro y no es útil según los criterios de mercado”<sup>14</sup>.

Por lo cual, el inmigrante desde su primer acceso al país ya se coloca

12 GIDDENS, A.; *Sociología*, (traducción de Francisco de Bustillo), Alianza, Madrid, 2006, p. 499.

13 DE LUCAS MARTÍN, J.; “Como introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, cit., p. 18.

14 *Ibidem*, p. 18.

de forma automática en una zona de actividad laboral determinada, inferior, más dura y exigente.

Ese incremento de trabas de las legislaciones nacionales en evitación de la entrada y permanencia de los migrantes en el país receptor, favorecen que ésta se realice a través de organizaciones criminales, que ostentan los medios para eludir los controles de frontera establecidos por los distintos países.

Cuestiones que llevan a pensar en la ineficacia de los medios utilizados hasta el momento por los países para un control sistemático de sus fronteras. Todo ello, entre otras cuestiones a tener en cuenta, nos hace comprobar que la migración ilegal no se realiza de forma individual, sino de forma grupal y bajo el amparo de organizaciones de tráfico de seres humanos, que facilitan los medios de acceso al país de destino, a cambio de cuantiosas sumas de dinero, o bien mediante la propia explotación ya sea laboral o sexual de los migrantes.

Así defiende Esteban Pérez, que las organizaciones delictivas son “una manifestación más de la globalización económica”<sup>15</sup>, que obtienen cuantiosos beneficios del tráfico ilegal de personas, donde los costes de la actividad son más bajos que en la realización de otras actividades ilícitas. En la misma línea, plantea la cuestión Ana Isabel Pérez, cuando expone que “estas organizaciones criminales se aprovechan de la creación de un espacio único que suprime las fronteras interiores para garantizar la libre circulación”<sup>16</sup>.

La trata de seres humanos se convierte en la mayoría de los casos en un negocio extremadamente atractivo para el delincuente, no sólo desde el punto de vista económico, sino también por el bajo reproche penal que conlleva este tipo de actividades, nada comparables con la comisión de otros tipos delictivos tales como el tráfico de drogas e incluso el homicidio, que se castigan con un rigor penal muy superior.

15 PÉREZ ALONSO, E. J.; *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 39.

16 PÉREZ CEPEDA A. I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, pp.1 y ss.

Así, la inmigración clandestina proveniente principalmente de Latinoamérica, Asia, África o Europa del Este, siendo principalmente estas zonas la que nutre de materia prima humana al mercado regentado por las mafias internacionales.

Las políticas internacionales deben contemplar, no solamente medidas punitivas para castigar a los autores de esta infamia, sino también, deben dirigir sus esfuerzos en proporcionar amparo integral a estas personas, que ante todo, son víctimas de los tratantes independientemente de su status como inmigrantes irregulares.

En este sentido, el reconocimiento del problema conllevaría una obligatoria búsqueda de soluciones que no pase por negar la entrada de forma masiva, sino una apertura controlada y una gestión eficiente de los medios y fórmulas de adquisición del estatus de ciudadano en igualdad de condiciones que el resto por estos inmigrantes, refugiados o foráneos.

Incentivar la idea ostracista hacia el que “no es de aquí” solo incentiva el miedo y rebaja el nivel de libertad del individuo-ciudadano que “sí es de aquí?”. Hay que impedir la manipulación que en este sentido, pueda hacerse la idea del Estado de bienestar no puede estar alejada de la idea de libertad física y de pensamiento o al menos con esa justificación se ha de actuar y ha de reclamarse por la sociedad una gestión más ecuaníme de los derechos y libertades que promulgan todas y cada una de las constituciones políticas de los Estados democráticos.

### **III. La trata de seres humanos como manifestación delictiva criminal**

Las organizaciones criminales, han llevado a cabo tradicionalmente actividades como el tráfico de drogas, de armas, blanqueo de dinero principalmente. De un tiempo a esta parte, ha proliferado la actividad del tráfico de seres humanos, incluso como actividad complementaria de las anteriores, principalmente debido a la gran rentabilidad que ofrece el negocio de la explotación humana.

Desde este planteamiento, observamos factores como la crisis económica, los conflictos bélicos que han determinado y propiciado el auge de los flujos migratorios hacia Europa. En éste contexto, las organizaciones criminales asumen gran protagonismo en la práctica de la inmigración ilegal. La presión migratoria a la que se ven sometidas las distintas fronteras europeas, que son prácticamente asaltadas diariamente por grupos de inmigrantes, provenientes de países empobrecidos, entre los que se destacan países de África, como Angola, Sierra Leona, Somalia, Nigeria, Marruecos; zonas de Asia, Europa central y del Este<sup>17</sup>.

Actualmente, crecen las cifras en cuanto a la inmigración de personas que huyen de los horrores de la guerra, trágica situación que se está viviendo en países como Irak o Siria.

Las organizaciones criminales llevan a cabo el tráfico ilegal de migrantes, atraídas por los grandes beneficios que genera ésta práctica delictiva<sup>18</sup>. Así, defiende Kendall que el principal objetivo de éstas asociaciones delictivas es obtener el máximo beneficio en el menor tiempo<sup>19</sup>.

Los traficantes obtienen sus ganancias a través de los elevados precios que pagan los inmigrantes por cruzar las fronteras. No en pocas ocasiones, utilizan a las propias personas que trasladan para la explotación sexual y laboral, prácticas que también les reportaran cuantiosos beneficios.

Así y con esa idea explotadora, el destino principal de los inmigrantes serán los países de Europa Occidental, principalmente Alemania, Reino Unido, Francia, España, Holanda, Suecia, Italia<sup>20</sup>. Para ello, tienen establecidas rutas geopolíticas estudiadas y analizadas, como la ruta de los Balcanes, la ruta Báltica, además de la ruta Mediterránea desde el norte de África con destino en España, Italia o Grecia<sup>21</sup>.

17 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.; *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 50.

18 BLANCO CORDERO, I.; “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, en *Eguzkilore*, Número 11, Diciembre, San Sebastián, 1997, pp. 219 y ss.

19 KENDALL, R. E.; “Las organizaciones delictivas. Un problema internacional”, *Revista Internacional de policía criminal*, marzo-abril, 1990, p.2.

20 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.; *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, cit., p.52.

21 *Ibidem*, p.52.



En este sentido, es reseñable, la actividad de estas organizaciones criminales, cuya finalidad es la explotación de mujeres en la prostitución y formas análogas. Constituye una actividad criminal en pleno crecimiento, se nutre principalmente de mujeres provenientes de Europa Central y del Este, además de las víctimas procedentes de Latinoamérica, de países como Colombia o la República Dominicana, en el ámbito Africano es Nigeria el principal país emisor de mujeres para la explotación sexual<sup>22</sup>.

La persecución y castigo de este tipo de actividades, se antoja bastante complicada, debido a la estructura de la propia organización criminal, además de la falta de colaboración de las víctimas por el miedo, las amenazas o coacciones a las que se ven sometidas por las bandas criminales<sup>23</sup>.

Una implementación en políticas internas y colaborativas entre países para el apoyo a víctimas de este tipo delictivo, colaboraría intensamente a erradicar el miedo y la ocultación que las propias víctimas incentivan y realizan para no ser descubiertas, perdiendo muchas veces en el intento, la salud, la dignidad, cuando no, la propia vida.

#### **IV. El sujeto en la trata de seres humanos**

El fenómeno de la trata de seres humanos denominado también la esclavitud moderna, se presenta a nivel mundial como consecuencia de la situación de pobreza de muchos pueblos. Factores determinantes de esas situaciones de pobreza, como el desempleo, la discriminación, la violencia de género, los conflictos armados, países no desarrollados, instituciones no democráticas o absolutistas en países pobres, establecen las condiciones idóneas para que actúen las redes criminales en la captación de personas. Si sumamos a los referidos factores, otros como, la demanda del mercado,

---

22 *Ibidem*, p. 27.

23 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.; "Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual", AA.VV., María Rosario Diego Díaz-Santos y Eduardo A. Fabián Caparrós (coords.); *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Madrid, 2003, pp. 113-115.

la corrupción política y por ende, la falta de acción de los gobernantes, da como resultado la explotación tanto sexual, como laboral de millones de personas en todo el mundo.

La trata en definitiva, supone la degradación del ser humano a través de la mercantilización de sus servicios. Así lo apunta Bales, cuando afirma que “No se trata de robar el trabajo de alguien, sino su vida entera. Está más próxima a los campos de concentración que a las malas condiciones laborales”<sup>24</sup>.

A través de esta sobrecogedora afirmación, se retrata la cruda realidad a la que se ven sometidos los sujetos víctimas de mafias y organizaciones criminales internacionales, que imponen duras condiciones de vida a los individuos con los que trafican a través de los distintos tipos de explotación.

Como ha sabido clarificar Bales, este tipo de explotación se proyecta de forma integral sobre el sujeto, con un control absoluto de la persona explotada. Situación que trae como consecuencia evidente, la mella irreparable que se produce en sus derechos más fundamentales. Derechos, que además repercuten de manera inmediata en su libre desarrollo personal, impidiendo en todo caso, expandirse libremente y con garantías.

Autores como Salcedo consideran que “la afirmación de que todo ser humano, es titular de derechos propios, oponibles jurídicamente a todos los Estados, incluso al Estado del que sea nacional o al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre, constituyó sin duda una revolucionaria innovación en el Derecho internacional, ya que en adelante, la persona no podía ser considerada como un mero objeto del orden internacional”<sup>25</sup>.

Se desprende por tanto que “la vulneración de sus derechos más elementales, no sólo, resultan oponibles a su desarrollo personal, sino que van mucho más allá. Puesto que esa limitación incide en su posible autonomía y restricciones de toma de decisiones libres o autónomas”<sup>26</sup>.

---

24 BALES, K.; *La nueva esclavitud en la economía global*, (traducción de Borrajo Castanedo), Siglo XXI Editores, Madrid, 2000, p. 8.

25 CARRILLO SALCEDO, J. A.; *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 177-186.

26 BALES, K.; *La nueva esclavitud en la economía global*, cit., p. 8

No cabe duda, que la inmigración ilegal hacia Europa ha posibilitado en numerosas ocasiones que las organizaciones criminales hayan podido sustentarse de la necesidad de los sujetos que quieren alcanzar un libre desarrollo de su personalidad fuera de su país de origen. Es decir, la necesidad de salir de su país constituye en numerosas ocasiones para el individuo una visa hacia la propia libertad, exponiendo en el medio utilizado para esa propia libertad, su propia vida y en el camino la pérdida absoluta del libre desarrollo de su propia autonomía<sup>27</sup>.

Hay que tener en consideración, que las múltiples barreras no solo culturales sino también económicas, sociales e idiomáticas, convierten al inmigrante en un sujeto vulnerable, presa fácil para las organizaciones criminales.

Ante este escenario, se hace imprescindible que los distintos Estados articulen y fomenten medidas encaminadas a erradicar o cuanto menos prevenir éste fenómeno, procurando en todo caso el establecimiento de políticas que garanticen la salvaguarda de los derechos más elementales que constituyen el soporte vital del ser humano, sobre todo que sean proyectadas para garantizar el respeto a la dignidad y a la libertad humana.

Por ello, no resulta difícil comprender como el tráfico de seres humanos, responde a la idea de un fenómeno que está íntimamente vinculado al incremento de la inmigración ilegal. Puesto que el tráfico de seres humanos proviene precisamente, del proceso de reclutamiento de las personas en sus países de origen para que en el país de acogida puedan cumplir con el objetivo claro de estas mafias de rentabilizar a través de la explotación a las personas objeto de tráfico<sup>28</sup>.

El artículo 10.1 de la Constitución española, reconoce 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 de la paz social”.

27 CARRILLO SALCEDO, J. A.; *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, cit., pp. 177-186.

28 RECHEA ALBEROLA, C. y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.; “Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Número 80, Madrid, 2003, pp. 287 y ss.

De tal manera que el valor que asume la dignidad personal se coloca en una posición que no diferencia a los españoles de los que no lo son. Es la razón por la que el valor de la dignidad personal se convierte en el punto de referencia inmediato para el respeto de los derechos y garantías que asisten a todos los sujetos frente a las injerencias externas, o incluso frente a las interferencias del propio Estado.

Sin embargo, las cuestiones de nacionalidad, migración o inmigración parecen normalmente asumidas por el Estado como cuestiones sobre las que él mismo se reserva en exclusiva el derecho a adoptar las decisiones que correspondan, aunque éstas no se basen en un principal respeto a los derechos inviolables del artículo 10 de nuestra carta magna.

En este sentido, la Constitución española señala en su artículo 149.1.2º que “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias, Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. En este sentido, la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por el Estado español determinarán el status de los derechos y libertades que ostentan los inmigrantes en España”.

Así, puede afirmarse que el concepto de ciudadanía se presenta aquí como la coartada perfecta para la exclusión. Es un concepto que tiene una larga tradición en la historia de los derechos humanos, pero que ahora precisamente va a operar como criterio, como módulo supuestamente objetivo, no sólo en lo que concierne a la realización práctica de los derechos, sino incluso en lo que directamente atañe a la titularidad de los mismos.

De algún modo el principio ciudadanía, tal y como indica Ferrajoli, viene representado como “el último privilegio de status, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, y no, como sucedió en el origen de los Estados modernos, de inclusión y de igualación, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales”<sup>29</sup>.

Es, por lo demás, un factor de exclusión que cuenta con toda la

---

29 FERRAJOLI, L.; “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Trotta, Madrid, 2001, p. 32.

fuerza del ordenamiento jurídico nacional que lo respalda, en definitiva, la “forma legal de exclusión”<sup>30</sup>.

Cuando hablamos del fenómeno de la trata de seres humanos no podemos obviar la relación estrecha que guarda con la esclavitud. Es decir, como fenómeno que atenta directamente contra los derechos inherentes del ser humano. En este sentido, ambos guardan similitudes y conformaciones muy próximas. Aunque la esclavitud durante gran parte de la historia fue refrendada social y legalmente, mientras que la trata de seres humanos nunca lo ha sido, la apariencia interna y la afectación a los individuos víctimas de uno u otro fenómeno es idéntica. Precisamente por ello, no resulta extraño que existan autores que defiendan que el fenómeno que nos atañe, no sea más que la evolución moderna de la antigua esclavitud.

La tesis de Luigi Ferrajoli cuando habla de los derechos fundamentales como “leyes del más débil frente a la ley del más fuerte”<sup>31</sup> cobra aquí todo su sentido.

La defensa de los derechos que se vulneran a las víctimas de la trata se proyectan como derechos cuya titularidad resulta inherentes a la condición humana, por cuanto, desde esa visión, resulta inexplicable, y desde luego condenable, la actitud de un Estado que muchas veces se muestra obcecado en tratar al inmigrante víctima de trata, como si se tratara de un sujeto inferior al resto de los individuos que integran la comunidad social de referencia.

En esta línea, se pronuncia la profesora Pérez Cepeda cuando afirma que “en el s. XXI la esclavitud no es una monstruosidad del pasado de la cual nos hayamos definitivamente liberado, se trata de un negocio que en el mundo está más en auge que nunca”<sup>32</sup>.

Desde esta perspectiva, pretende defender que la trata de personas

30 SOLANES CORELLA, A.; “La situación jurídica del extranjero irregular en España”, en AA.VV., N. Fernández-Sola y M. Calvo García (coord.); *Inmigración y derechos*, Mira, Zaragoza, 2001, p. 238.

31 FERRAJOLI, L.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (traducción de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, Marcos Criado y Gerardo Pisarello), Trotta, Madrid, 2001, p. 369.

32 PÉREZ CEPEDA, A.I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, cit., p. 1.

es una manifestación actual de la esclavitud que se encuentra vigente en nuestra sociedad, a través de la mercantilización de seres humanos motivados por el afán de lucro.

Se pronuncia en este sentido también Pérez Alonso, cuando expresa que “estamos ante una nueva forma de delincuencia, que junto a la inmigración clandestina, ha hecho de la gestión de los movimientos migratorios un rentable negocio a costa de aprovecharse y explotar a las personas más vulnerables del mundo. Se basa, por tanto, en los grandes beneficios y en las vidas baratas. Los nuevos traficantes tratan a las personas como mercancías con las que se comercia. Es algo parecido al tráfico ilegal de drogas o al contrabando de tabaco, pero en vez de drogas o tabaco se trafica con personas”<sup>33</sup>.

Con muy buen criterio, incide en la realidad que sufren muchos seres humanos sometidos a una explotación que se proyecta directamente sobre el soporte vital que supone la libertad o la dignidad y el derecho a la propia vida.

Así, en este sentido, no podemos obviar la existencia de países donde la vida cuesta menos que nada y las propias mafias ostentan un mayor poder adquisitivo y armamentístico que las propias autoridades en materia de seguridad. Por lo que los cuerpos de seguridad del Estado, no pueden cumplir su función de tutela y garantía de los derechos más inherentes de la persona, quedan por tanto expuestos los ciudadanos a la acción criminal de las mafias, que operan con total impunidad en la sociedad.

El profesor Pérez defiende además, que la situación económica de muchos países, que se ven afectados por ésta ilícita práctica, se proyecta sobre personas especialmente vulnerables que por su propia condición de sujetos vulnerables y condicionados a ser entendidos como sujetos frágiles, acaban inevitablemente siendo objeto de las mafias del mercado de seres humanos. Incluso se llega a institucionalizar esta práctica, siendo conocida internacionalmente y permitiéndose por el resto de países, sin mayor

---

33 PÉREZ ALONSO, E. J.; “La Trata de seres humanos en el Derecho Penal Español”, en AA.VV., C. Villacampa Estiarte (coord.); *La Delincuencia Organizada: Un reto a la Política Criminal Actual*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 93.

ambages, la continuidad de la actividad esclavista y explotadora, siendo un ejemplo deplorable de esta casuística, a todas luces, la explotación sexual infantil institucionalizada de Tailandia, La India, etc...

Mentalidades de lejanía que decía un viejo profesor, refiriéndose a la justificación interna que los seres humanos utilizamos para enfrentar sucesos tan lamentables en países que no conocemos o que nos resultan alejados. Hay que decir que no se entiende esta justificación de la mentalidad de lejanía para problemas tan cotidianos en nuestro país como es la trata de seres humanos y la detención dentro de nuestras fronteras de grupos delictivos organizados que actúan en ese ámbito, hay que recordar que la Trata de seres humanos es el tercer delito a nivel delictivo, tras el de narcotráfico y robo<sup>34</sup>.

Asimismo, García Vázquez sitúa la trata de seres humanos como una consecuencia inevitable del mundo globalizado, ahondando en los factores exógenos que inciden de forma determinante en el fenómeno que nos ocupa, en éste sentido defiende que “El tráfico ha crecido con la globalización económica, la apertura de fronteras interiores y la demanda de mano de obra barata e indocumentada en el marco del espacio Schengen, reduciéndose así muchos costes; sin embargo, esta rebaja se hace a costa de la dignidad humana y menoscaba los derechos humanos y las normas internacionales básicas en materia laboral, de salud y de seguridad. Tristemente, hemos de reconocer que la esclavitud ha regresado a la vieja Europa bajo formas repulsivas que generan ganancias exorbitantes”<sup>35</sup>.

34 Informe aportado por el director de la Policía, en la clausura del seminario “Retos del fenómeno migratorio en el siglo XXI. La trata de seres humanos para explotación sexual”, celebrado en Santander en agosto de 2014, en él, Ignacio Cosidó destacaba los resultados del primer año del Plan Policial contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual; indicando que se ha duplicado el número de operaciones, de mujeres liberadas y de detenidos. Seminario, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Según Cosidó “La Trata de Seres Humanos es la tercera actividad del crimen organizado, tras el narcotráfico y los robos. Uno de cada diez grupos de crimen organizado en nuestro país se dedica a la Trata. Desde el 1 de abril de 2013 hasta el 30 de junio de 2014 se han realizado un total de 361 operaciones contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual, operaciones que se han saldado con un total de 1.121 detenidos, la identificación de 13.446 víctimas y la incautación de bienes muebles e inmuebles por un valor de 12.700.000€”.

35 GARCÍA VÁZQUEZ, S.; “La lucha contra la trata de seres humanos a nivel internacional, comunitario y nacional”, en AA.VV., M. C. Vidal Fueyo (coord.) *La Trata de Seres Humanos*,

Desde esta perspectiva, se responde a una de las causas que sostiene el pilar básico de la trata de seres humanos y la explotación de la persona, violando toda la legislación que ampara y protege no sólo a los trabajadores, sino que va más allá, se aprecia con claridad, como los traficantes se benefician de las precarias circunstancias a las que se ven sometidas muchas personas, tanto en el ámbito económico, como socio-cultural, que a la postre posibilitan el padecimiento de ser explotados en sus propios países de origen.

En este sentido, se pronuncia el profesor Ara Pinilla, cuando plantea la idea del deber general de solidaridad, en relación a la eliminación, en la medida de lo posible, de la intensidad de los condicionamientos culturales que atentan la formación de la voluntad del individuo<sup>36</sup>.

De tal manera, señala el deber de proporcionar una información lo más neutra y completa posible de los diferentes sistemas de valores conocidos, entendiendo que ese contraste de información con los sistemas de valores que rigen en otras culturas diferentes a las de uno mismo, permitirá alcanzar un mayor grado de libertad de la formación de la voluntad.

Así, el programa de acción para el establecimiento de una voluntad autónoma del individuo, pasaría por la eliminación de los condicionamientos de la formación de la voluntad que resultaran eliminables y la realización del deber de solidaridad, que a todos incumbe, para conseguir una mayor disminución de la intensidad de los condicionamientos culturales.

Teniendo sobre todo en cuenta, que estos resultan desde luego ineliminables, pero se puede cuando menos disminuir la intensidad de sus efectos y así asegurar una voluntad que aunque no sea plenamente autónoma, será por lo menos bastante más autónoma que si se tratara de una voluntad desinformada<sup>37</sup>.

La información, formación y colaboración en el ámbito de la sociedad actual, pasa porque seamos más solidarios, que veamos y miremos,

---

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 16.

36 ARA PINILLA, I.; *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 150 y ss.

37 *Ibidem*, pp. 150 y ss.



que no nos justifiquemos, que seamos consecuentes con la realidad social que nos invade. La sociedad debe y puede colaborar a erradicar o minorar la incidencia y repercusiones propias de este desinterés por el prójimo en esta materia tan lacerante.

La autonomía individual constituye, en todo caso, un objetivo irrenunciable de las políticas públicas y organización estatal. Pero además, en el caso que nos ocupa, el imperativo cultural constituye una clara evidencia en cuanto a los objetivos de las redes criminales. En este sentido, la voluntad de los sujetos que emigran tienen una respuesta lógica y estas vienen dadas fundamentalmente por el hecho de la acción de los condicionamientos socioeconómico y culturales, condicionamientos cuya eliminación presenta un muy distinto grado de dificultad.

Los condicionamientos socioeconómicos en el marco de una organización social ideal, ciertamente, pueden eliminarse, mientras que los condicionamientos culturales sólo podrán reducirse, disminuir en alguna medida su intensidad, tal y como sabiamente expresara el profesor Ara Pinilla.

En todo caso, las políticas públicas que pretendan ser respetuosas con el principio de autonomía individual, deberán asumir en su programa los requerimientos que impone el proceso de eliminación o reducción, en su caso, de la intensidad de los condicionamientos que oprimen la formación de la voluntad individual.

Porque lo que es evidente, desde luego, es que los inmigrantes se encuentran en este sentido, expuestos a un riesgo particularmente elevado de marginación, tanto por su condición socioeconómica, que no suele ser la mejor de las posibles, como por su específica condición cultural, que muchas veces les hace sentirse diferentes al común de los ciudadanos que integran el grupo social en el que habrá de discurrir su existencia.

## V. Referencia Bibliográficas

- AJA FÉRNANDEZ, E.; “Introducción. El marco general de los derechos de los inmigrantes”, en AA.VV., E. Aja Fernández (coord.); *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ARA PINILLA, I.; *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BALES, K.; *La nueva esclavitud en la economía global*, (traducción de Borrajo Castanedo), Siglo XXI Editores, Madrid.
- BECK, U.; *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2008.
- BLANCO CORDERO, I.; “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, en *Eguzkilore*, Número 11, Diciembre, San Sebastián, 1997.
- BONET PÉREZ, J.; “La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en AA.VV., Felipe Gómez Isa y J. Manuel Pureza(coord.); *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.; *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001.
- DE LUCAS MARTÍN, J.; “Como introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en AA.VV., L. Miraut Martín (edit.); *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.
- DE LUCAS MARTÍN, J.; *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996.

- FERNÁNDEZ BESSA, C., ORTUÑOZ AIX, J.M. y MANVELLA SUÁREZ, A.; “Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes”, en AA.VV., L. M. Puente Alba (dir.), L. Rodríguez Moro y M. Zapico Barbeito (coord.); *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008.
- FERRAJOLI, L.; “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, L.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (traducción de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, Marcos Criado y Gerardo Pisarello), Trotta, Madrid, 2001.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S.; “La lucha contra la trata de seres humanos a nivel internacional, comunitario y nacional”, en AA.VV., M. C. Vidal Fueyo (coord.); *La Trata de Seres Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- GIDDENS, A.; *Sociología*, (traducción de Francisco de Bustillo), Alianza, Madrid, 2006.
- KENDALL, R. E.; “Las organizaciones delictivas. Un problema internacional”, *Revista Internacional de policía criminal*, marzo-abril, París, 1990.
- MIRAUT MARTÍN, L.; “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en AA.VV., L. Miraut Martín (edit.); *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PÉREZ ALONSO, E. J.; “La Trata de seres humanos en el Derecho Penal Español”, en AA.VV., C. Villacampa Estiarte (coord.); *La De-*

- lincuencia Organizada: Un reto a la Política Criminal Actual*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- PÉREZ ALONSO, E. J.; *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PÉREZ CEPEDA A. I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- RECHEA ALBEROLA, C. y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.; “Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Número 80, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.; “Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual”, AA.VV., María Rosario Diego Díaz-Santos y Eduardo A. Fabián Caparrós (coords.); *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.; *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005.
- SANTANA RAMOS, E.; “Los Derechos humanos como desafío de las políticas de inmigración en Europa” en *Cadernos de dereito actual*, Universidad de Santiago de Compostela nº 6, 2017.
- SOLANES CORELLA, A.; “La situación jurídica del extranjero irregular en España”, en AA.VV., N. Fernández-Sola y M. Calvo García (coord.); *Inmigración y derechos*, Mira, Zaragoza, 2001.

---

## LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ESFERA DE LA GLOBALIZACIÓN

---

**HORTENSIA RODRÍGUEZ**<sup>1</sup>

*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ESPAÑA)*

### **SUMARIO**

I. Planteamiento. II. La disertación de los derechos humanos como referencia valorativa de la globalización. III. La globalización como reconocimiento cardinal de los derechos humanos. IV. Las garantías del Estado y la transnacionalidad del derecho. V. Referencias bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Hortensia Rodríguez Morales. Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España).  
E-mail: hortensiarodriguezmorales@hotmail.com.

## I. Planteamiento

Los derechos humanos capacitados para actuar en la esfera vital del ser humano tienen en cuenta la acción política que afecta al entorno en el que se implantan, en esa razonabilidad, se debe partir de la consideración que su proyección inmediata no es otra que la garantía de la dignidad personal.

La pretensión moral que subyace a la conceptualización de los derechos humanos, no es otra que la exigencia de garantizar los derechos inherentes al ser humano. Todo ello, qué duda cabe, sin obviar el reconocimiento que lleva aparejado en cada una de las culturas jurídicas. Es decir, se hace alusión a la doble cara de los derechos humanos, a su aspecto moral y a su aspecto jurídico<sup>2</sup>.

En este punto, se ha de entender que además de las discusiones generadas por la doctrina respecto de la conceptualización misma del término “derecho humano”, que podríamos denominar de “estrictamente teórica”, la expresión “derecho humano” puede adquirir significados que son totalmente ajenos y diferenciados. De esta forma, puede pensarse que el significado de “derecho humano” es el de un derecho atribuible, de forma general, a un ser humano. Y puede entenderse que cuando se utiliza el vocablo “derecho humano” es en referencia a derechos naturales del ser humano, con unos caracteres primordiales que les diferencia totalmente de cualquier otro tipo de derecho que el ser humano pueda adquirir.

En esa misma línea, Pérez Luño reafirma la importancia de los derechos humanos en sí mismos, salvando la importancia que su conceptualización puede aportar al valor intrínseco que poseen, cuando defiende que “la inexistencia de un acuerdo pacífico sobre el significado de los derechos humanos no disminuye en nada la importancia y la propia necesidad de esta noción”<sup>3</sup>.

Se afirma por ello, que la conceptualización de los derechos hu-

2 PECEs-BARBA MARTÍNEZ, G; *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991, pp. 20-21.

3 PÉREZ LUÑO, A.E.; *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 279.

manos en sí, no genera en ellos modificaciones básicas de sustento de su valor, sino que más bien, busca diferenciarlos de otros derechos. Con ello se revaloriza su propia esencia, de forma que no quede más remedio que verlos como lo que son, valores intrínsecos, inmanentemente adheridos al ser humano desde su inicio vital y con una fuerza imperativa tal, que su incumplimiento vulnera normas fundamentales de los Estados (cuando han sido reconocidos), de la moral propia de los individuos y del mayor consenso normativo internacional.

Es en este punto, donde el fenómeno de la globalización, internacionalización o cualquier otra sistemática geopolítica que afecte al colectivo humano, debe tenerse en consideración puesto que la asunción hacia los derechos humanos pueden verse seriamente afectados.

## II. La disertación de los derechos humanos como referencia valorativa de la globalización

La globalización es un fenómeno moderno que puede ser analizado desde diversas perspectivas. El término proviene del inglés “*globalization*”, donde global equivale a mundial. Por eso, hay quienes creen que el concepto más adecuado en castellano sería mundialización, derivado del vocablo francés “*mondialisation*”.

El desarrollo social y moral del ser humano en la era de la globalización, va en paralelo con el desarrollo de las realidades técnicas y científicas. Ello, sin lugar a dudas confluye en el cambio social, la emergencia de nuevos valores y la aparición de nuevos paradigmas éticos. Transforman así, el ámbito en el que se manifiestan, profundizan y desarrollan los derechos humanos. La globalización en cualquiera de sus proyecciones, bien sea económica, ideológica o simbólica, conlleva una transformación de la sociedad. De hecho, la globalización neoliberal a través de la extensión universal de las redes telemáticas al mundo, así como los fenómenos de multiculturalismo avivado por los flujos migratorios, son claros síntomas de que algo sustancial está cambiando<sup>4</sup>.

4 BUSTAMANTE DONAS, J.; “Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria”, en *Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*,

De acuerdo con Pérez Luño, cualquier análisis de la situación política contemporánea, hace referencia de una u otra forma, al concepto de “globalización”, cuya influencia se percibe también en las ciencias sociales<sup>5</sup> y en la propia concepción del reconocimiento de los derechos humanos.

Autores como Beck entienden que estas transformaciones a través de la globalización se producen “de manera monocausal y economicista y reduce la pluridimensionalidad de la globalización a una sola dimensión, la económica, dimensión que considera asimismo de manera lineal, y pone sobre el tapete (cuando, y si es que, lo hace) todas las demás dimensiones las globalizaciones ecológica, cultural, política y social sólo para destacar el presunto predominio del sistema de mercado mundial”<sup>6</sup>.

Así entendido, se podría afirmarse que la globalización lleva implícito “una comprensión de procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”<sup>7</sup>.

La globalización es un proceso complejo, asimétrico, transversal e imparable, pero no hay razón para que no se acompañe de un verdadero reconocimiento de los derechos del hombre. El hombre ahora es más mundial, una expresión más amplia de ser vivo, definitivamente es el artífice de la globalización que une a los pueblos para convertirlo en una única fórmula de sociedad.

En esa la misma línea, Stiglitz se pronuncia afirmando que “la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras”<sup>8</sup>. Y es que si aceptamos la tesis de Morín, “el internacionalismo quiere constituir a la especie humana en un

---

Año 4, Número 2, México, 2007, pp. 13-27.

5 PÉREZ LUÑO, A.E.; *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, pp. 78-79.

6 BECK, U.; *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, (traducción de B. Moreno y M.B. Borrás), Paidós, Barcelona, 2002, pp. 27 y ss.

7 *Ibidem*, p. 31.

8 STIGLITZ, J. E.; *El malestar en la globalización*, (traducción de C. Rodríguez Braún), Taurus, Madrid, 2002, p.34.



único pueblo. La globalización quiere hacer del mundo un solo Estado”<sup>9</sup>. En este punto, resulta del todo necesario destacar que los actos económicos son siempre actos humanos y por tanto, en un sentido primario de la expresión, morales, es decir, libres, elegidos y de los que se es responsable<sup>10</sup>. Por tanto, si la concepción de asumir el proceso de la globalización sin tener en consideración las culturas identitarias en todos sus aspectos, estaríamos dejando a un lado el derecho de la determinación de los pueblos de elegir su propia cultura identitaria, (aspectos morales, ideológicos o inclusive económicos) por muy alejada que se encuentre de los países del primer mundo.

De admitir este planteamiento, se han de aceptar las virtudes de la supuesta globalización en materia de derechos humanos, pero también sus defectos, o incluso reconocer las diferentes manipulaciones Estatales que de la idea de los derechos humanos se hace. Y no cabe duda que, podría asegurarse que la gestión de los derechos humanos o de cualquier otro interés general que se precie, bien mediante la internacionalización o cualquier otro sistema, debe caer en la desesperanza pues en base a esa interpretación, la generalidad de derechos y obligaciones que se produce mediante ese sistema, nunca consigue llegar a cotas inferiores o a grupos y niveles de necesidad determinados, en definitiva, a todos los grupos.

Dentro de este marco y siendo objetivos, habría que plantear que no es la internacionalización en sí lo que afecta negativamente a la plena aplicación de los derechos humanos, sino el aspecto más negativo de la actual globalización, que no permite que la capacidad de universalidad de los derechos humanos sea adquirida también por las normas que regulan la aplicación de los mismos.

No obstante, la que parece ser la principal razón de la desilusión sobre la aplicación internacional de los derechos humanos, estriba en que “los Estados luchan, compiten en el orden internacional para mejorar sus condiciones económicas. Los recursos son siempre escasos ante el continuo

9 MORÍN, E.; *Introducción a una política del hombre*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 103.

10 LÓPEZ ARANGUREN, J. L. *Ética y política*, Orbis, Barcelona, 1985, p. 18.

crecimiento de las necesidades. Desde luego no parece que vaya a haber una solidaridad entre los Estados a fin de mejorar las condiciones de las poblaciones mundiales. A los que menos les interesa solidarizarse es a los ciudadanos de las sociedades desarrolladas: carecen de una moral de sacrificio”<sup>11</sup>.

Sostiene Fernando Falcón que “en los últimos tiempos se ha producido una especie de revolución, un punto de inflexión en la historia, en el ámbito de los derechos humanos. Tras abusos seculares en este campo y flagrantes violaciones de los mismos, ante las que el Derecho internacional tenía muy poco que decir, pues los Estados donde se producían se declaraban soberanos y, por ello, inmunes a todo tipo de responsabilidad, hoy en día, afortunadamente, asistimos al auge de los derechos humanos, que cobran una relevancia inusitada en la esfera internacional a todos los niveles, tanto político, económico, social, como jurídico y moral”<sup>12</sup>.

Poniendo un poco de esperanza sobre la mesa, el mismo Gago asevera respecto de la aplicación normativa internacional de los derechos humanos, “si bien en espera de que vaya creciendo la conciencia de la importancia de sus contenidos y su operatividad y que se cree otra forma de justicia”<sup>13</sup>, debemos recordar que sigue siendo verdad aquello que dijera Ortega, “el hombre no ha logrado todavía elaborar una forma de justicia que no esté circunscrita a la cláusula rebus sic stantibus”<sup>14</sup>. Participando así de una comedida esperanza en la futura venida de una revolución globalizadora de los derechos humanos, atendiendo a su incardinación dentro de la sistemática evolutiva que la humanidad ha de asumir, porque lo que es aceptado ya por la gran mayoría de la doctrina es que no hay forma de parar la globalización, una vez iniciada.

La vis esperanzadora que se impone asumir en este tipo de mo-

11 GAGO GUERRERO, P.F.; “El Estado como sujeto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de derechos humanos. Nueva época*, Universidad Complutense, Volumen 5, Madrid, 2004, p. 304.

12 FALCÓN y TELLA, F.; “Hacia un nuevo orden mundial: El fenómeno de la globalización”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Volumen VIII, Universidad Complutense, Madrid, 2007, p. 115.

13 GAGO GUERRERO, P.F.; “El Estado como sujeto de los derechos económicos, sociales y culturales”, cit. p. 303.

14 ORTEGA Y GASSET, J.; “Rebelión de las masas”, en *Epílogo para ingleses*, Espasa Calpe, Madrid, 1972, p. 174.

vimientos supragenerales de capitales, personas, bienes y servicios, deriva principalmente de la experiencia vivida a lo largo de la historia, por lo cual, al igual que se ha de reconocer que la globalización ha llegado para quedarse, se ha tener claro que el ser humano reclamará sus derechos inalienables, intrínsecos a su ser, más allá de cualquier sistemática evolutiva que la vida humana le plantee u obligue a asumir. Demostrando una vez más el carácter de permanente pervivencia de los derechos humanos, más allá de consideraciones de si han sido o no plenamente reconocidos.

### **III. La globalización como reconocimiento cardinal de los derechos humanos**

En la actualidad, el discurso de los derechos humanos se encuentra íntimamente relacionado con la etiología de la globalización, puesto que el elemental reconocimiento de los derechos humanos debe formar parte del ideal de la globalización. Pues no se entendería que la sustancia del ser humano, parte incidente de la globalización no fuera afectada por la misma. Cabría incluso afirmar una necesaria conciliación de los derechos humanos con los efectos de la globalización.

Pero, conciliar estas nuevas macroestructuras económicas y poblacionales que la globalidad representa, con el efectivo ejercicio de los derechos humanos, implica una ardua labor. No obstante, Gago Guerrero afirma que, “las leyes que surjan por exigencia de los derechos habrán de ser el remedio para orientar o exigir situaciones específicas, siendo ellas las que obligan a actuar al poder político, determinando las reglas de acción. Así se puede reunir necesidad racional universal con obligación política”<sup>15</sup>.

La globalización es un fenómeno que nace en la edad moderna, y continua creciendo en la actualidad. Con ella también se hace el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos. El triunfo de la globalización en su sentido económico (lo que como veremos, cobra el nombre de globalismo) obstaculiza y se opone a dicha universalidad, negando la igualdad de derechos y oportunidades

---

15 GAGO GUERRERO, P.F.; “Consideraciones sobre la relación entre los derechos humanos y la esencia de la política”, en *Anuario de los derechos humanos. Nueva época*, Universidad Complutense, Volumen 11, Madrid, 2010, p. 167.

a todos los hombres<sup>16</sup>. Ahora bien, en el momento en que los imperativos de la globalización y el desplazamiento de la centralidad del Estado, así como la idea de soberanía, se contraponen y colisionan, los derechos humanos se colocan en una tensa situación.

Otros autores, por su parte, entienden que “la globalización es cíclica. Consideran asimismo que para los teóricos del sistema mundial el nuevo proceso de globalización no es un fenómeno novedoso; por ello, prefieren hablar de mundialización”<sup>17</sup>.

Siendo la universalidad una característica fundamental de los derechos humanos, Eusebio Fernández defiende que a través de ella “no se quiere señalar otra cosa que la aceptación de la propuesta de que la razón básica para humana, singularmente considerada, y no a cualquier peculiaridad racial, sexual, social o cultural”<sup>18</sup>. Es en este punto, donde cobra toda su intensidad las acciones de los sistemas políticos, puesto que “los derechos humanos siempre estarán sometidos a la esencia de lo político en la relación mando-obediencia”<sup>19</sup>, puesto que “la lucha por la vigencia de los derechos humanos en los países encuentra nuevas dificultades y obstáculos en el contexto de la globalización, producto de las presiones impuestas por centros internacionales de decisión política y económica, del nivel de aceptación alcanzado por estas ideas entre la dirigencia política y académica de los países en desarrollo”<sup>20</sup>.

No cabe duda que el ideal de una política universal resulta una quimera, ya que los principios rectores, lejos de ser promovidos por la ética o la moral serían impuestos por el poder político, y dependiendo del postulado, podrían incluso llevar implícito situaciones abusivas. Precisamente por ello, uno de los retos a los que se enfrenta los derechos humano frente a la globalización, es que las políticas

---

16 DE LUCAS MARTÍN, J.; “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos: (en el 50 aniversario de la Declaración del 48)”, en *Jueces para la Democracia*, Número 32, 1998, pp. 3-9.

17 ROBERTSON, R.; *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, Londres, 1992, p. 60.

18 FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; “Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Número 21, Dykinson, Madrid, 2001, p. 101.

19 GAGO GUERRERO, P.F.; “Consideraciones sobre la relación entre los derechos humanos y la esencia de la política”, cit., p. 165.

20 YEPES P. A.; “La globalización y la exigibilidad de los derechos humanos”, en *Lecturas sobre globalización, Banca multilateral y participación*, Ilsa, Bogotá, 2002, p. 28.

que llevan a cabo el fenómeno de la globalización no pueden en ningún caso politizar los derechos inherentes a la persona humana con independencia del lugar en el que se encuentren. Se defiende por tanto, que los derechos humanos no son concesiones graciables de los Estados, en general se asume que son derechos inherentes al ser humano, inmanentemente unidos a su ser y previas a cualquier sistema político y esa es la razón por la cual los Estados los reconocen, garantizan y tutelan.

Ahora bien, la globalización se ha valido de instrumentos legislativos, para instituir derechos fundamentales que en puridad casi podrían ser considerados como derechos inhumanos, precisamente por promover relaciones a todas luces injustas en el binomio empresa- sujeto. Así, resulta de gran interés es “el hecho de que las mercancías y los capitales parecen haber adquirido más libertades y derechos que las personas humanas en los tratados internacionales, pues los primeros pueden migrar de un lugar a otro sin problema contrariamente a los ciudadanos del tercer mundo”<sup>21</sup>. Provocando de este modo, a entender de Alberto Yepes, “que los bienes y servicios que antes eran provistos por el Estado para atender los derechos económicos sociales y culturales de la población terminan siendo ofrecidos en el mercado a aquellos que tengan los recursos suficientes para comprarlos. Los derechos son ahora concebidos como mercancías y el concepto de ciudadano es desplazado por el concepto de consumidor”<sup>22</sup>. Y por tanto, “las leyes de la oferta y la demanda son ahora las que rigen las posibilidades de satisfacción de los derechos de las personas, configurándose una sociedad fragmentada de unos pocos ganadores y unas inmensas mayorías desprovistas del acceso a sus derechos, sometidas a la desprotección y el abandono estatal”<sup>23</sup>.

La virtual medida espacio-tiempo en la globalización se constituye en una

21 VANDANA, S.; “Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo”, en A.A.VV., Matthew J. Gibney (coord.); *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2003, pp. 95-115.

22 YEPES P, A.; “La globalización y la exigibilidad de los derechos humanos”, cit. p. 28.

23 *Ibidem*, p. 28.

exigencia de agilidad, debido a las innovaciones en transportes y transmisiones de datos y materias. Todo llega antes a todos sitios, haciendo de procesos que antes se eternizaban, una gestión ágil y auténticamente inmediata. Frente a esa agilidad económico-administrativa, las distintas formas de degradación de la dignidad del ser humano mediante sistemas globalizadores que olvidan mantener el respeto por valores tradicionales, hacen de ese fenómeno un virtual desafío para mantener la dignidad del ser humano por encima de intereses económicos partidistas. Entiende Habermas a ese respecto que, “un Estado que está progresivamente enredado en las interdependencias entre la economía global y la sociedad global, ve reducirse su autonomía, su capacidad de acción y su sustancia democrática”<sup>24</sup>.

En este sentido, los ciudadanos sociales de un Estado ven ampliado su esfuerzo por hacerse notar, por reclamar derechos para sí, por cuanto se reduce la autonomía estatal y se enfrentan a fuerzas progresivamente superiores, derivadas de la propia sistemática globalizadora.

En la actualidad, la globalización de la economía mundial ha propiciado un escenario favorable para el crecimiento económico, en cuanto que ha supuesto la internacionalización del comercio mundial. De forma tal, que nos encontramos ante un proceso de interdependencia económica entre los distintos países, que adquiere su pilar básico en las miles de transacciones, no sólo económicas, sino también de bienes y servicios de todo tipo que se realizan de forma simultánea por todo el orbe.

En el análisis de tal reflexión, podemos apreciar como esta nueva forma de interconexión mundial se materializa en todos los aspectos cotidianos de la vida. Ante esta panorámica, asistimos a la expansión del fenómeno globalizador que no limita únicamente su ámbito de actuación al terreno financiero o económico, sino que se proyecta en la esfera cultural y social de los distintos países, adquiriendo un alcance mundial. Lo cierto, es que a través de ella estamos presenciando una profunda transformación que alcanza todos los ámbitos en la sociedad moderna.

Siguiendo en la línea que plantea Giddens “la globalización, no se reduce a una zona concreta del globo, sino que penetra todos los espacios geográficos y todos los ámbitos vitales: no hay sector de la vida social que no quede afectado por

---

24 HABERMAS, J.; “El valle de lágrimas de la globalización”, *Claves de Razón Práctica*, Número 109, Madrid, 2001, p. 5.

esta compleja red de fenómenos concatenados”<sup>25</sup>.

En este sentido, el autor esboza la trascendencia de este fenómeno, donde ningún área de nuestra vida, ya sea geográfica o intelectual queda a salvo de la influencia de la globalización. En continua pugna con lo establecido, se plantea una “lucha” que da lugar a una transformación de las normas convencionales que rigen nuestras relaciones sociales.

Esta situación sobrevenida, que puede entenderse es la globalización, que actúa de forma transversal en todos y cada uno de los derechos y situaciones naturales del hombre e incide de forma notoria en la vida del individuo, necesariamente debe acompañarse de una modificación ostensible del sistema legislativo mundial, con unos claros propósitos renovadores de leyendas legislativas aplicables. Pues solo así, se efectúa una verdadera asimilación de los cambios a un nivel interno y generalista, para poder seguir al siguiente paso evolutivo del hombre.

#### **IV. Las garantías del Estado y la transnacionalidad del derecho**

Como cualquier proceso, la globalización por su complejidad es objeto de numerosos análisis. No obstante a ello, en la actualidad, el estudio sobre los posibles efectos que produce la globalización, resultan del todo insuficientes. Sin embargo, en precaución de una proyección negativa, la preocupación por parte de los Estados debe residir en intentar, en todo caso, garantizar la protección de los derechos humanos de la persona, por cuanto base principal de la dignidad humana, soporte vital del resto de los derechos.

Como ya se ha defendido, la efectiva protección del contenido de los derechos humanos, dependerá en todo caso, de la voluntad de los Estados soberanos en alterar la esencia del valor que supone los derechos naturales e inmanentemente propios a la naturaleza humana. Para ello, resulta del todo necesario, estar protegidos

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 13.

por un sistema jurisdiccional que valore la efectiva protección de los derechos fundamentales, que en la práctica se definiría mediante “la actividad de desarrollo de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos que desempeñan sus funciones de acuerdo con su competencia jurídica, territorial, administrativa y política”<sup>26</sup>.

No son pocos los autores que consideran que, “la idea de globalización se ha asociado a la de integración”<sup>27</sup>. Precisamente porque entienden el fenómeno de la globalización, no genera únicamente el llamado efecto de “supranacionalización” de las fronteras, sino que también provoca el efecto justamente contrario, el de producir un giro hacia los localismos, donde la sociedad se reivindica en sus múltiples facetas.

Así parece ser considerado también por Giddens cuando expone que “la globalización es, una serie compleja de procesos, y no uno sólo. Operan además, de manera contradictoria o antitética. La mayoría de la gente cree que la globalización simplemente “traspasa” poder o influencia de las comunidades locales y países a la arena mundial. Y ésta es, desde luego una de sus consecuencias. Las naciones pierden algo del poder económico que llegaron a tener. Pero también se produce el efecto contrario. La globalización no sólo presiona hacia arriba, sino también hacia abajo, creando nuevas presiones para la autonomía local”<sup>28</sup>.

El sociólogo norteamericano Daniel Bell lo describe muy bien cuando dice que “la nación se hace no sólo demasiado pequeña para solucionar los grandes problemas, sino también demasiado grande para arreglar los pequeños”<sup>29</sup>.

Como respuesta a esta inevitable homogenización cultural, económica, e incluso política surgen los llamados grupos “antisistema” o “antiglobalizadores”. En este sentido, se pronuncia el profesor Sampedro cuando expone que “frente a esa posición de poder, justo es reconocer que los oponentes a la globalización son un conjunto heterogéneo que abarca desde las más radicales posiciones antisistema

---

26 GAVARA DE CARA, J. C.; “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, en *Revista Teoría y realidad constitucional*, Número 20, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2007, pp. 277-320.

27 LIMA TORRADO, J.; “Globalización y Derechos Humanos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva época*, Tomo XVII, Ministerio de Justicia, España, 2000, pp. 53 y ss.

28 GIDDENS, A.; *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, (traductor Pedro Cifuentes), Taurus, Madrid, 2000, p. 25.

29 *Ibidem*, p. 25.



hasta las más pacíficamente solidarias contra la injusticia y la pobreza, y defensoras de los derechos humanos, pasando por la ecología, reivindicaciones culturales o religiosas y otras muchas actitudes confluyentes. Tal variedad de motivaciones no puede comprenderse dada la multitud de aspectos en que el acaparamiento de riquezas y el abuso de poder incide sobre las vidas de los excluidos y marginados de la distribución justa<sup>30</sup>.

Tal y como la globalización se ha ido erigiendo en las distintas sociedades, la antiglobalización ha intentado contrarrestar esta imposición globalizadora, es el fenómeno que el profesor De Lucas denomina “repliegue identitario”, es decir, a la identidad de resistencia ante la globalización, como una enfermedad de la democracia, una patología reaccionaria frente a la globalización<sup>31</sup>.

En este sentido, el profesor De Julios-Campuzano defiende que “la globalización es algo más que un proceso de superación de las economías parciales de los Estados y su suplantación acelerada por un único espacio de intercambio de carácter global. Implica, fundamentalmente, un salto cualitativo en la expansión del capitalismo, un capitalismo que, al desvincularse del modelo económico estatal, se convierte en apátrida, un capitalismo sin raíces y sin territorio, que va de acá para allá buscando el máximo beneficio”<sup>32</sup>.

Así, las magnitudes físicas del espacio y el tiempo adquieren una nueva dimensión, un nuevo significado, se ha creado un nuevo espacio donde todas las formas de comunicación son posibles e instantáneas, las distancias se han acortado y el mundo se ha reducido. Propiciado fundamentalmente por la revolución que ha supuesto el mundo de las nuevas tecnologías.

En este contexto, se vincula sobremanera la acción estatal con la preservación de los derechos de identidad de los pueblos, de la dignidad individual y del mantenimiento de los derechos humanos, siendo en ocasiones, una cuestión imposible. Pues, se cuestiona la existencia de un Estado que tenga potencial frente a los efectos globalizadores de la política interna, cuando la gestión económica internacional le incide de forma directa y extrema. En este sentido, indica Bauman

---

30 SAMPEDRO, J.L.; *El Mercado y la Globalización*, Destino, Madrid, 2013, p. 86.

31 DE LUCAS MARTÍN, J.; *Globalización e Identidades: claves políticas y jurídicas*, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 13 y ss.

32 DE JULIOS-CAMPUZANO, A.; *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 20-21.

que “el capital se ha hecho extraterritorial, ligero, sin estorbos y desincrustado hasta un extremo sin precedentes, y el nivel de movilidad espacial que ya ha alcanzado es suficiente para chantajear a los organismos políticos vinculados con el territorio para que se sometan a sus exigencias. Habiendo soltado el lastre de la maquinaria voluminosa y las enormes dotaciones de las fábricas, el capital viaja ligero, sólo con equipaje de mano: una cartera, un ordenador portátil y un teléfono celular”<sup>33</sup>. Expresa así, de forma crítica como el capitalismo no sólo ha venido a favorecerse este fenómeno globalizador, sino que además ha sido su principal motor. Por lo cual queda corroborada la idea de que a través de la revolución que han suscitado las nuevas formas de comunicación, se ha llevado a cabo una profunda transformación de las relaciones socio-económicas e incluso políticas.

En este contexto, donde la actividad profesional manual e intelectual deja paso a las nuevas tecnologías productivas, puede afirmarse que se provoca una reducción del empleo en el sentido tradicional, incardinado generalmente en la pequeña y mediana empresa. Pues la sistemática actual propicia el dominio de las grandes multinacionales que dominan los medios productivos, de tal manera se imponen sobre las pequeñas y medianas empresas que se ven desbordadas y no pueden competir en términos de igualdad. Se plantea que a través de éste nuevo escenario emerge “un nuevo ciclo de expansión del capitalismo, como modo de producción y proceso civilizatorio de alcance mundial”<sup>34</sup>.

Tras lo cual, la globalización queda concebida como la “integración sistémica de la economía a nivel supranacional, deflagrada por la creciente diferenciación estructural y funcional de los sistemas productivos y por la subsiguiente ampliación de las redes empresariales, comerciales y financieras a escala mundial, actuando de modo cada vez más independiente de los controles políticos y jurídicos a nivel nacional”<sup>35</sup>.

Tanto es así, que asistimos desde hace unas décadas a la génesis progresiva de nuevos modelos de organización socio-económica, propiciada tanto por el intercambio mundial de actividades económicas, cuanto por el continuo desarrollo y diversificación de los medios de comunicación. En ésta disquisición se adentra Castells cuando manifiesta que estos factores combinados han provocado una

33 BAUMAN, Z.; *La sociedad individualizada*, Cátedra, Madrid, 2001, pp. 36-37.

34 IANNI, O.; *A era do globalismo*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2004, p. 11.

35 FARIA, J.E.; *O direitonaeconomia globalizada*, Malherios, Sao Paulo, 2000, p. 52.

“transformación de los cimientos materiales de la vida, el espacio y el tiempo, mediante la constitución de un espacio de flujos y del tiempo atemporal”<sup>36</sup>.

De los anteriores planteamientos, se infiere que el fenómeno globalizador se constituye en la lógica consecuencia de la interacción a escala mundial del sector económico y financiero internacional. Ineludiblemente, la conjugación de estos factores contagia al resto de ámbitos tales como los culturales, de la salud, deportivos, entre otros. La globalización económica se expande a través del intercambio internacional de capitales, el mundo se convierte en un gran mercado internacional, donde todo tipo de transacción se hace posible. De tal manera, que entendiendo este proceso globalizador como un fenómeno que se proyecta desde múltiples dimensiones, podríamos asumir que desde el punto de vista político implica que los Estados “cedan” parte de su soberanía en la toma de decisiones. En este sentido, podríamos compartir la idea que defiende Manuel Galiana cuando manifiesta que, “el concepto de soberanía nacional ha sido inmutable. Por cierto, un principio sagrado de las relaciones internacionales. Es un principio que cederá sólo lentamente y con renuencia a los nuevos imperativos de la cooperación ambiental global”<sup>37</sup>. Haciendo del principio de colaboración entre naciones, de la incorporación a orbes supraestatales, un emblema de la pérdida progresiva, casi imperceptible a veces, de la denominada soberanía nacional, que aunque se siga enervando como bandera, va perdiendo inexorablemente su auténtico significado.

El profesor Pérez Luño, a este respecto se pronuncia defendiendo que “la globalización no es un valor, aunque frecuentemente se confunda con las ideas de universalidad y cosmopolitismo, siendo generadora de las mismas”. Así se entiende como un concepto descriptivo, ya que apunta las características de “funcionamiento de los procesos económicos, sociales, políticos, culturales y jurídicos del mundo presente”<sup>38</sup>.

Por su parte, esboza Hallak como principales manifestaciones de la globalización, la aparición de lo que llama el autor *sociedades de conocimiento* debido a las continuas innovaciones en el sector de la información y la comunicación. El autor,

36 CASTELLS, M.; “La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura”, *El Poder de la Identidad, Volumen II*, Alianza, Madrid, 1998, p. 23.

37 GALIANA ROS, M.; “La derrota de la globalización”, *Mandala*, Madrid, 2011, p. 21.

38 PÉREZ LUÑO, A. E.; *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 243-254.

enfatisa en la idea del fenómeno globalizador como un elemento determinante para la transformación de la naturaleza del trabajo, en relación con los factores de movilidad y flexibilidad laboral, así como en la incidencia del uso y dominio de las nuevas tecnologías, en los distintos sectores productivos.

Por otro lado, termina relacionando y quizás de forma muy significativa, cómo a través del mundo globalizado aumenta la exclusión social debido a la influencia de factores como el desempleo, bajas retribuciones salariales<sup>39</sup>, entre otros. Podríamos hablar, como lamentable ejemplo de esta realidad, de los denominados contratos basura, que sumergen al trabajador hasta el umbral de la pobreza. La extensión de este tipo de contratos por los países democráticos actuales, sistemas de contratación en minoración relativa de los derechos sociales y económicos de los trabajadores, demostraría que esa idea inicial se ha asentado como solución aplicada al desempleo estructural y al fin último buscado, el mantenimiento y/o incremento del beneficio de los grandes capitales empresariales a costa de los depreciados derechos laborales.

Aludiendo en este punto sobre los umbrales de la pobreza en los que se sitúan los trabajadores explotados, es imposible dejar de abordar el papel que juegan las multinacionales en este aspecto.

Este análisis, lo efectúa la autora Pérez Cepeda cuando defiende que “las empresas transnacionales, aprovechando los costes sociales bajos, la mano de obra barata y la escasa conflictividad laboral, se asientan en los “países del tercer mundo”, aumentando aún más, esa brecha que ya existe entre ciudadanos de un mundo rico y otro pobre. De esta forma, se violan impunemente los derechos humanos más elementales y se atenta acumulativamente contra los recursos ecológicos y culturales mundiales sin ningún tipo de control”<sup>40</sup>.

Numerosas Convenciones y Tratados Internacionales se han sucedido desde finales del siglo XIX, en la lucha por erradicar esta lacra. Aun así, siguen dándose estos escenarios con la avenencia de muchos países, las personas son explotadas por las grandes multinacionales a través de “la mercantilización de la mano de

39 HALLAK, J.; *Globalización, derechos humanos y educación*, Unesco, París, 1999, p. 8.

40 PÉREZ CEPEDA A. I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 5.

obra y del trabajo”<sup>41</sup>. Esta fórmula es el resultado del capitalismo actual, en este contexto, las grandes empresas mundiales manufacturan sus productos en aquellos países donde son casi inexistentes los derechos sociales, para imponer las normas del libre mercado, reduciendo los costes de producción. Esta libertad de compra y venta va a configurarse, según entiende Guillermo Portillas en un *nuevo imperativo moral*, “en fundamento de la naturaleza humana y base de una sociedad libre”<sup>42</sup>.

La proyección que asumen los Tratados, en este sentido, es que su valor no requiere de la necesidad de atribuir a los mismos un rango o valor constitucional. Así, autores como Saiz entienden que “Las previsiones establecidas en aquellas fuentes constitucionales se comportan, en efecto, como límites para el legislador y los demás poderes públicos por expresa decisión del constituyente, de modo no muy diferente a como lo hacen, en el seno de lo que se ha dado en llamar el bloque de la constitucionalidad, otras fuentes de rango infraconstitucional al proceder al reparto territorial político”<sup>43</sup>.

En respuesta a esta forma de actuación llevada a cabo por las multinacionales, Pérez Cepeda entiende que “en los países del “primer mundo”, para contrarrestar el poder de éstas empresas transnacionales, se consiente o tolera una economía sumergida que se abastece con mano de obra de inmigrantes irregulares, en ámbitos como la prostitución, la agricultura, el servicio doméstico, la construcción o la industria textil, entre otras actividades”<sup>44</sup>.

En este contexto, puede hablarse incluso de escalas de pobreza de derechos, donde los inmigrantes se colocan en el último eslabón de la cadena de producción con unas míseras retribuciones, jornadas laborales abusivas, en definitiva bajo unas condiciones laborales de extrema precariedad, en cuanto a las jornadas, salarios, prevención de riesgos o coberturas legales que los amparen en sus derechos. Evidentemente, esta situación los sitúa en un alto grado de exposición vulnerabilidad.

41 RAMONET, I.; “Esclavos en Europa”, en *Le Monde Diplomatique*, Número 189, Valencia, 2011, p. 1.

42 PORTILLA CONTRERAS, G.; *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2007, p. 26.

43 SAINZ ARNAIS, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional Europeo de los Derechos Humanos, El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 275.

44 PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, cit., p. 6.

Esta situación de vulnerabilidad a la que se ven expuestos, tiene como consecuencia inmediata que la dignidad de estas personas se degrade, se coloque en un plano inferior, puesto que su protección no puede incidir en manera alguna en las reglas que impone el mercado, ya que según señala Esther Pomares dentro de este contexto, “el trabajador es sobre todo fuerza productiva, una situación que se agrava respecto del perfil económico que define al extranjero inmigrante, al que se le reserva un status de inferioridad legal y excluyente, y que suele coincidir con el perfil de la víctima de la trata”<sup>45</sup>. Desde este modelo del capitalismo más feroz, vemos como estas circunstancias estimulan el incremento de la demanda de mano de obra barata y con ello la proliferación de asociaciones criminales que se dedican a la trata de personas.

Se aniquila así la dignidad de la persona, en favor de los principios que implantan la economía de mercado, en detrimento de la persona como sujeto de derechos, con lo que deja sin contenido el postulado del profesor Peces Barba acerca de “la primacía de la persona humana, o dicho de otra forma, el reconocimiento a todos los niveles de la eminente dignidad”<sup>46</sup> que le pertenece como tal.

Desde esta perspectiva, Peces-Barba construye su modelo teórico ubicando la dignidad como el “fundamento de la ética pública de la modernidad”, el “criterio fundante de los valores, los principios y los derechos”<sup>47</sup>. Desde el modelo así propuesto, tanto el Estado de Derecho como la democracia y los derechos fundamentales, aparte de sostenerse en la dignidad del ser humano, vienen obligados a orientarse invariablemente hacia su realización más plena.

Los objetivos a conseguir, por lo tanto, no corresponden con la individualidad social, ni con la de un grupo determinado, se vuelven finalidades colectivas, se torna en la búsqueda de una convivencia pacífica entre pueblos constituidos en una única comunidad básica, donde el Estado ga-

---

45 POMARES CINTAS, E.; “El delito de trata de seres humanos con Finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Número 13-15, Universidad de Jaén, Jaén, 2011, p. 5.

46 PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios” en *Libertad, Poder, Socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, p. 245.

47 PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho”, *Cuadernos San Bartolomé de las Casas*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 65.

rantice los derechos que asisten a la persona humana. Vistas así las cosas, la identidad personal se torna identidad cultural, se valora el “yo”, pero desde el punto de vista del “nosotros”. El individuo, la persona constituye una parte integrante y básica de esa nueva cultura generada.

Resulta del todo imposible, entender la garantía de los derechos humanos como valores de un grupo de individuos separados y dispersos. Esa auténtica pertenencia a un Estado (sea entendido como unión de Estados, incluso) que garantice y proteja de manera irrefutable los derechos humanos, minará los efectos de cualquier proceso de cambio social. Pues si el concepto de Estado ve modificada su estructura de alguna forma, derivada de los efectos de la globalización o de cualquier otro fenómeno o proceso, deberá arrastrar con él, la legítima asunción de la obligación del reconocimiento de los derechos del hombre, asiento principal de la dignidad del individuo y base primordial del resto de los derechos.

## V. Referencias bibliográficas

- BAUMAN, Z.; *La sociedad individualizada*, Cátedra, Madrid, 2001.
- BECK, U.; *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, (traducción de B. Moreno y M.B. Borrás), Paidós, Barcelona, 2002.
- BUSTAMANTE DONAS, J.; “Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria”, en *Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, Año 4, Número 2, México, 2007.
- CASTELLS, M.; “La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura”, *El Poder de la Identidad, Volumen II*, Alianza, Madrid, 1998.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A.; *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Dykinson, Madrid, 2003.
- DE LUCAS MARTÍN, J.; “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos: (en el 50 aniversario de la Declaración del

- 48)”, en *Jueces para la Democracia*, Número 32, 1998.
- DE LUCAS MARTIN, J.; *Globalización e Identidades: claves políticas y jurídicas*, Icaria, Barcelona, 2003.
- FALCÓN y TELLA, F.; “Hacia un nuevo orden mundial: El fenómeno de la globalización”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Volumen VIII, Universidad Complutense, Madrid, 2007.
- FARIA, J.E.; *O direito na economia globalizada*, Malherios, Sao Paulo, 2000.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; “Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Número 21, Dykinson, Madrid, 2001.
- GAGO GUERRERO, P.F.; “Consideraciones sobre la relación entre los derechos humanos y la esencia de la política”, en *Anuario de los derechos humanos. Nueva época*, Universidad Complutense, Volumen 11, Madrid, 2010.
- GAGO GUERRERO, P.F.; “El Estado como sujeto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de derechos humanos. Nueva época*, Universidad Complutense, Volumen 5, Madrid, 2004.
- GALIANA ROS, M.; “La derrota de la globalización”, *Mandala*, Madrid, 2011.
- GAVARA DE CARA, J. C.; “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, en *Revista Teoría y realidad constitucional*, Número 20, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2007.
- GIDDENS, A.; *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, (traductor Pedro Cifuentes), Taurus, Madrid, 2000.
- HABERMAS, J.; “El valle de lágrimas de la globalización”, *Claves de Razón Práctica*, Número 109, Madrid, 2001.
- HALLAK, J.; *Globalización, derechos humanos y educación*, Unesco, París, 1999.
- IANNI, O.; *A era do globalismo*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2004.



- LIMA TORRADO, J.; “Globalización y Derechos Humanos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva época*, Tomo XVII, Ministerio de Justicia, España, 2000.
- LÓPEZ ARANGUREN, J. L. *Ética y política*, Orbis, Barcelona, 1985.
- MORÍN, E.; *Introducción a una política del hombre*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- ORTEGA Y GASSET, J.; “Rebelión de las masas”, en *Epílogo para ingleses*, Espasa Calpe, Madrid, 1972.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho”, *Cuadernos San Bartolomé de las Casas*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios” en *Libertad, Poder, Socialismo*, Civitas, Madrid, 1978.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991.
- PÉREZ CEPEDA A. I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. E.; *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- PÉREZ LUÑO, A.E.; *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.
- PÉREZ LUÑO, A.E.; *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
- POMARES CINTAS, E.; “El delito de trata de seres humanos con Finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Número 13-15, Universidad de Jaén, Jaén, 2011.
- PORTILLA CONTRERAS, G.; *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2007.
- RAMONET, I.; “Esclavos en Europa”, en *Le Monde Diplomatique*, Número 189, Valencia, 2011.
- ROBERTSON, R.; *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, Londres, 1992.
- SAINZ ARNAIS, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional Europeo de*

*los Derechos Humanos, El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SAMPEDRO, J.L.; *El Mercado y la Globalización*, Destino, Madrid, 2013.

STIGLITZ, J. E.; *El malestar en la globalización*, (traducción de C. Rodríguez Braun), Taurus, Madrid, 2002.

VANDANA, S.; “Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo”, en AA.VV., Matthew J. Gibney (coord.); *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2003.

YEPES P, A.; YEPES P. A.; “La globalización y la exigibilidad de los derechos humanos”, en *Lecturas sobre globalización, Banca multilateral y participación*, Ilsa, Bogotá, 2002.

---

**CHALLENGES OF THE ALIGNMENT OF BRAZIL TO  
COUNCIL OF EUROPE (CoE) SANTIAGO DE COMPOSTELA'  
CONVENTION ON TRAFFICKING IN HUMAN ORGANS,  
UNDER A COMPARATIVE PUBLIC LAW PERSPECTIVE  
(BRAZIL-EU) AND RELATED BORDERLINE QUESTIONS**

---

**CLÁUDIA RIBEIRO PEREIRA NUNES<sup>1</sup>**  
*Universidad Veiga de Almeida (Brazil)*

**FERNANDO GONZALEZ BOTIJA<sup>2</sup>**  
*Universidad Complutense de Madrid (España)*

**PEDRO DÍAZ PERALTA<sup>3</sup>**  
*Universidad Complutense de Madrid (España)*

**SUMMARY**

1 Preliminary considerations. 2 Bioethics overview. 3 Trafficking in organs, tissues and cells. 4 Brazil and European Union: rules and challenges. 5 Other borderline questions; subrogate motherhood and therapeutic obstinacy (encarnizamiento terapéutico: the santiago de compostela case-study). 6 Recommendations and conclusions. 7. References.

---

1 Doctor in Law from the Universidad Gama Filho (UGF), Deputy Coordinator and Professor of the Universidad Veiga de Almeida (UVA) and Researcher of Universidad Complutense de Madrid (UCM).

2 Ph D in Law from the UCM, Profesor Titular, Depart. Derecho Administrativo UCM.

3 Ph D in Law from the UCM, Researcher UCM/UVA.

## 1. PRELIMINARY CONSIDERATIONS

The aim of this article is the analysis on the alignment of current Brazil legal framework with the CoE Convention on *Trafficking in Human Organs*<sup>4</sup> under a comparative Public Law perspective, as regards European Union (EU) initiatives. It also reviews the eventual incorporation into the Brazilian internal law with the purposes of addressing the challenges arising of the implementation of Fundamental rights governing the topic and in particular the principles of Freedom of choice (*autonomia de la voluntad*), Informed consent, altruist, non-onerous, anonymous donations and general preference for organs of dead donors. Those principles rules the existing general donation regimen in the Europe countries after entry in force of Directive 2010/45/EU on human organs intended for transplantation<sup>5</sup>.

The ethical and legal dimensions of these issues are included in the framework of the Council of Europe (which brings together states of the European continent, including Eastern Europe countries, such as the Russian Federation) through two specific legal instruments. The first of them is the *European Convention on Human Rights and Biomedicine* (Oviedo Convention of 1997) and its four Additional Protocols; the latest instrument is the *Convention on Prevention of Illicit Trafficking of Human Organs* (Santiago de Compostela Convention of 2015, not yet into force). All those treaties are open to the accession of Non-Member States, such as Australia, Canada, Holy See, Japan, Mexico, United States of America and international organizations such as the EU.

The illicit trafficking of persons for the purposes of organ donation has been specifically developed within the United Nations (*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational organized crime*) and the Council of Europe Convention on *Action against Trafficking in Human Beings* (Convention of Warsaw, 2005). These Conventions are open to signature by any State irrespective whether it belongs or not to the European regional area.

It is necessary to strengthen the EU capacity to foster and promote the highest ethical standards at both, the donation regime and the research integrity. In

---

4 Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organ. CETS No.216, available at: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216>>. Last access on May 24th, 2017.

5 Directive 2010/45/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010, on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation.

particular, promote the consistent application of the principles listed the *Helsinki Declaration*<sup>6</sup> as well as the “*European Code of Conduct for Research Integrity*” developed by the European Science Foundation (ESF)<sup>7</sup>. This includes their practical application at two levels: i) embed ethics and Bioethics within the research design; and ii) to update the information of trafficking in organs, tissues and cells on Comparative Law, by focusing on the study of the relevant aspects related to the protection of the fundamental rights in the European Union (EU). Four relevant fields of study have identified covering the main legal and bioethical issues related:

- human tissues and human embryonic stem cells,
- organ transplantation and donation and human trafficking
- surrogate motherhood,
- clinical practices which involves the economic gain with humans

Preventing the illegal trafficking in human organs, tissues and cells is a problem of global proportions against human rights which constitutes also a direct threat to individual and public health.

## 2. BIOETHICS OVERVIEW

Bioethics guides the investigation and moral responsibility of health professionals in relation to the life and dignity of the people, offering security to the population and guaranteeing the protection of fundamental rights. Among them, the right to free initiative, the right to health and a healthy life, right to the human integrity and the, right to the autonomy and the freedom. Both the human person and the community in which he lives transforming himself over time, adding new ethical values and transforming his own history. Aristotle early recognized that “man is a political animal”<sup>8</sup>, and therefore, is a dependent being of the political city,

6 World Medical Association. Declaration of Helsinki *The World Medical Association has developed the Declaration of Helsinki as a statement of ethical principles to provide guidance to physicians and other participants in medical research involving human subjects, The main duty in medical research to protect the life, health, privacy, and dignity of the human subject*, available at: <[http://www.who.int/bulletin/archives/79\(4\)373.pdf](http://www.who.int/bulletin/archives/79(4)373.pdf)>. Last access on May 24<sup>th</sup>, 2017.

7 The European Code of Conduct for Research Integrity (ESF and ALLEA, 2011), available at <[http://www.esf.org/fileadmin/Public\\_documents/Publications/Code\\_Conduct\\_ResearchIntegrity.pdf](http://www.esf.org/fileadmin/Public_documents/Publications/Code_Conduct_ResearchIntegrity.pdf)>. Last access on May 24<sup>th</sup>, 2017.

8 Aristóteles. *Política*. Translation on Portuguese: Mario da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997. 3ª ed. [Título I, Cap. 2], p. 125.

polis. Consequently, the human person lives in a social environment developing relationships with one another in search of a peaceful and happy life. As such it is a being who needs the language to communicate and to unite with other people in the construction of a community, that is, “the political community would be requisite for happiness and the politics unfolding of the own Ethics”<sup>9</sup>. The word bioethics comes from the Greeks who “had two words to designate life: *ζοή*, which refers to the common biological life, and *bios* which expresses specifically human life in its dimension Moral and political”<sup>10</sup>. Bioethics is also “the bridge of the future”<sup>11</sup>. Postmodern societies have become highly complex<sup>12</sup> in its social, economic, and political relations. And in the face of the history of the Western world, especially in the face of the first and second World Wars, there is a central concern in humanity - the dignity of the human person<sup>13</sup>.

### 3. TRAFFICKING IN ORGANS, TISSUES AND CELLS

As there is a worldwide shortage of organs available for transplantation, there is a new and major problem, which is illegal trafficking in organs, which is now banned practically all over the world. Some victims are forced to donate an organ, others end up selling part of their body for financial gain and there are cases of

9 Sá and Naves. *Manual de Biodireito*. 2ª edição updated and expanded. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 1.

10 Thus, moral bios and political bios, which for the Greeks were a public reality, underwent a process of privatization, because they became contents of subjective consciousness. Physical life and biological life, on the contrary, before private concerns of the family, became part of the public interest of the State.. This phenomenon was called by Michel Foucault of biopower/biopolitics. Barreto, Vicente de Paulo. Coordinator-Adjunct Alfredo Culleton. *Dictionary of Political Philosophy* São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 63.

11 Potter, Van Rensselaer. *Bioética: Ponte para o futuro*. Prefácio de Leo Pessini. São Paulo: Edições Loyola, available at: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/1237335091471892398.pdf>>. Last access on Abril, 30<sup>th</sup>, 2017. Bioethics is a link between science and the humanities, allowing a passage to a better quality of life.

12 Morin, Edgar; Le Moigne, Jean-Louis. *The Intelligence of Complexity*. São Paulo: Petrópolis, 2000, p. 206. “In contemporary times, complex thinking begins its development at the confluence of two scientific revolutions. The first revolution introduced uncertainty with thermodynamics, quantum physics, and cosmophysics. This scientific revolution unleashed the epistemological reflections of Popper, Kuhn, Holton, Lakatos, Feyerabend, who showed that science was not the certainty but the hypothesis, that a proved theory was not definitive and remained “falsifiable”, “(p. 206)” The second most recent scientific revolution, still undetected, is the systemic revolution in the earth sciences and ecological science.. (p. 205).

13 The democratic State of Law is based on a policy of protection of the human person dignity

people being deceived and/or others murdered for the removal and subsequent trade of human organs. The right aims to protect the society is marked by the dignity; the right condemns all action that can cause corporal or psychic injury to another or expose danger of life.

For Bittencourt, legal goods are the life of society and people, where everyone deserves constitutional protection precisely because of their social significance<sup>14</sup>. Legal good in the broadest sense, is all that presents us as worthy, useful, necessary valuable. Goods are real things, or ideal objects endowed with immeasurable value, they are material or immaterial things, objects that besides being what they are, is something very valuable. Historically criminal law has the claim to protect life, as it is the most valuable legal asset and this needs greater protection, this subject has led to major debates on the true essence of a democratic state of law that is the inviolability of life<sup>15</sup>.

Trafficking of persons for the purpose of organ removal has long remained a subject of rumor and urban myth in Brazil. For the broader social context in which these rumors may arise in Brazil, for example, Scheper-Hughes<sup>16</sup>. Brazil is frequently identified as locations of greater organ trafficking activity, whether as a locus of donors, recipients or brokers<sup>17</sup>.

#### **4. BRAZIL AND EUROPEAN COMUNITY (EU): RULES AND CHALLENGES**

In legal terms, firstly we can separate the idea of trafficking in organs, tissues and cells from trafficking in human beings itself for organ removal in one of the constituent elements of the crime – the object of the criminal offence. In the former case, the object of the crime is the organs, tissues and cells, and the

14 Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, São Paulo: Imprensa, Saraiva, 2016, p.35.

15 Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Imprensa, Saraiva, 1994, p.15.

16 N. Scheper-Hughes, *Death Without Weeping: The Violence of Everyday Life in Brazil* (University of California Press: Berkeley, 1992), pp. 233–239.

17 For examples see: Bellagio Task Force, Op. Cit.; D. A. Budiani-Saberi, F. L. Delmonico, “Organ trafficking and transplant tourism: a commentary on the global realities”, *American Journal of Transplantation*, Volume 8(5) (2008), pp. 926–927; Presentation by Michael Bos at the ELPAT Session of the 22nd Congress of TTS, “An update on global organ trafficking”, Sydney (10–14 August, 2008).

deceptive practices thereof while in the latter case it is the trafficked person. Brazil and UE have approach the issue under different ways:

#### 4.1 RELEVANTS ASPECTS OF BRAZILIAN LEGISLATION

On October 6<sup>th</sup>, 2016, the Law n°. 13.344<sup>18</sup> was enacted in Brazil. This Act provides for prevention and repression of internal and international trafficking in persons and measures for the care of victims. In Chapter I - *Principles and guidelines*, art Art. 2 establishes the principles of respect for the dignity of the human person and the guarantee of citizenship and human right<sup>19</sup>. Art. 3 set up the strengthening of federative actions and the coordination between institutional organizations and society<sup>20</sup>, by means of policy coordination and the national plans to combat trafficking in persons. Articles 4 and 5 provides for specific prevention measures against trafficking in person<sup>21</sup>, reinforcing the cooperation between the Justice

18 This Law provides for trafficking in persons committed in Brazil against a Brazilian or foreign victim and abroad against a Brazilian victim and confronting trafficking in persons includes the prevention and repression of such a crime, as well as attention to its victims, available at <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm)>. Last access on May, 25th, 2017.

19 Art. 2. The confrontation with trafficking in persons shall comply with the following principles: I - respect for the dignity of the human person; II - promotion and guarantee of citizenship and human rights; III - universality, indivisibility and interdependence; IV - non-discrimination on grounds of gender, sexual orientation, ethnic or social origin, origin, nationality, professional activity, race, religion, age group, migratory status or other status; V - transversality of the dimensions of gender, sexual orientation, ethnic or social origin, origin, race and age in public policies; VI - full attention to direct and indirect victims, regardless of nationality and collaboration in investigations or legal proceedings; VII - full protection of children and adolescents.

20 Art. 3. The confrontation with trafficking in persons shall comply with the following guidelines: I - strengthening of the federative pact, by means of the joint and articulated action of the spheres of government within their respective competences; II - articulation with national and foreign governmental and non-governmental organizations; III - encouraging the participation of society in instances of social control and of class or professional entities in the discussion of policies on trafficking in persons; IV - structuring the network to deal with trafficking in persons, involving all levels of government and civil society organizations; V - strengthening of activities in areas or regions with a higher incidence of crime, such as border, ports, airports, highways and road and rail stations; VI - stimulating international cooperation; VII - incentive to carry out studies and research and their sharing; VIII - preservation of the secrecy of administrative and judicial proceedings, in accordance with the law; IX - integrated management for policy coordination and national plans to combat trafficking in persons.

21 Article 4. Prevention of trafficking in persons shall be by means of: I - implementation of intersectional and integrated measures in the areas of health, education, labor, public safety, justice, tourism, social assistance, rural development, sports, communication, culture and human rights; II - socio-educational campaigns and awareness raising, considering the different realities and languages; III - to encourage the mobilization and participation



and the Public security systems, national and foreign. The chapter IV - Protection and assistance to victims<sup>22</sup> articulates specific measures for the protection and care for the direct or indirect victim of trafficking in persons including preservation of intimacy and identity; their social reintegration, the guarantee of access to education, culture, vocational training and work and, in the case of children and adolescents, their reintegration into the family and community.

Previously, Law no. 9,434, of February 4, 1997 - Provides for the removal of organs, tissues and parts of the human body for the purpose of transplantation and treatment and other measures<sup>23</sup>.

## **4.2 BRAZIL FORMAL OPPOSITION TO DECLARATION OF HELSINKI**

Brasil will not adhere to Santiago de Compostela convention. In addition Brasil have developped a legal framework in line with Council of Europe covenants and Declaration of Helsinki ethical recommendations. See: Law no.

---

of civil society; and IV - to encourage projects to prevent trafficking in persons. Chapter III - From repression to trafficking in persons Article 5. The repression of trafficking in persons shall be by means of: I - cooperation between organs of the justice and security system, national and foreign; II - the integration of policies and actions of repression to related crimes and the accountability of their authors; III - the formation of joint research teams.

22 Chapter IV - Protection and assistance to victims - Article 6 Protection and care for the direct or indirect victim of trafficking in persons includes: I - legal, social, work and employment and health care; II - reception and temporary shelter; III - attention to their specific needs, especially in relation to gender, sexual orientation, ethnic or social origin, origin, nationality, race, religion, age group, migratory situation, professional activity, cultural diversity, language, social and family ties Or other status; IV - preservation of intimacy and identity; V - prevention of revictimization in care and investigative and judicial procedures; VI - humanized care; VII - information on administrative and judicial procedures. §1°. The attention to the victims will be with the interruption of the situation of exploitation or violence, their social reintegration, the guarantee of access to education, culture, vocational training and work and, in the case of children And adolescents, the search for their reintegration into the family and community. §2°. Outside, immediate assistance to Brazilian victims will be in charge of the Brazilian consular network and will be provided regardless of their immigration status, occupation or other status. §3°. The health care provided in item I of this article must understand the aspects of physical and psychological recovery of the victim.

23 Available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm)> and

Decree no. 2.268, of June 30, 1997 - Regulates Law No. 9.434, of February 4, 1997, which provides for the removal of organs, tissues and parts of the human body for transplantation and treatment, and other measures. Available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/D2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm)>. All the accesses are on May, 26<sup>th</sup>, 2017.

13344, of October 6, 2016<sup>24</sup>. All the subjects (freedom of choice (autonomia de la voluntad), Informed consent, altruist, non-onerous, anonymous donations, general preference for organs of dead donors) are regulation by Brazil Associação for transplants<sup>25</sup>.

Although Brasil developed a legal framework in line with Council of Europe Conventions and Declaration of Helsinki ethical recommendations, Brasil do not intended to make proposal *Lege ferenda*, due to the fact that Brasil has considered Declaration of Helsinki ethical recommendations are particularly dangerous for poor people and population with serious health public problems, as is the case of Brazil which considered the text n ethical regression. Definitive reformulations would be decided at the WMA meeting in October 2000 at the WMA meeting in Tel Aviv in 1999, it was decided that within this additional reflection on the proposed amendment to the Helsinki Declaration, some issues should be considered as priorities in the discussions.

## 4.2 RELEVANTS ASPECTS OF CoE INSTRUMENTS

Recent advances in biomedicine and biotechnology have brought into existence a variety of new modalities in which human bodies, human tissues and human bodily parts may be used, modified, donated or sold, thus igniting a public debate on crucial issues laying at the interplay of bioethics.

In 2002 The Council of Europe adopted an Additional Protocol to the *Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin* (CETS n.º. 186,) that provides strong prevention and repression of internal and international trafficking in persons and measures for the care of victims<sup>26</sup>.

On the Chapter I – Purposes, scope and use of terms<sup>27</sup>, includes the following

24 Available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm)>. Last access on May, 25<sup>th</sup>, 2017.

25 Available at: <[http://www.abto.org.br/abtov03\\_inlgles/](http://www.abto.org.br/abtov03_inlgles/)>. Last access on May, 26<sup>th</sup>, 2017.

26 Caplan, Arthur; Domínguez-Gil, Beatriz; Matesanz, Rafael; Prior, Carmen. Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs - Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, w/p.

27 Text from Convention - Appendix 10 (Item 10.3) Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs (*Adopted by the Committee of Ministers on 9 July 2014 at the 1205th meeting of the Ministers' Deputies*).

definitions: scope: the Convention applies to the trafficking in human organs for purposes of transplantation and to other forms of illicit removal and of illicit implantation<sup>28</sup>. And the Article 4, Substantive Criminal Law, regulates illicit removal of human organs: Each Party of the convention are intitled o take legislative and other measures to establish as a criminal offence under its domestic law, when committed intentionally, the removal of human organs from living or deceased donors is performed without the free, informed and specific consent of the living or deceased donor, or, in the case of the deceased donor, without the removal being authorized under its domestic law; or where the living donor, or a third party, has been offered or has received a financial gain or comparable advantage or the removal of organs from a deceased donor supposes a financial gain or comparable advantage. a third party.

## **5. OTHER BORDERLINE QUESTIONS; SUBROGATE MOTHERHOOD AND THERAPEUTIC OBSTINACY**

### **5.1 SUBROGATE MOTHERHOOD**

An example of the current controversies on the diverging theoretical and normative views is represented by the ongoing discussion on the ethical and legislative status of surrogate motherhood. In this respect, the uncovering the key theoretical and normative foundations beneath the favorable and contrary positions structuring the current debate across EU member states, charting the various positions on:

- (i) the principle of ownership over one's body;
- (ii) the likely impact on the family relationship in relation to the child future wellbeing
- (iii) the status of reproductive rights in different countries and cultural contexts;
- (iv) the rights and the protection of the interests of the newborn.

Recently the Spanish Association of Bioethics and Medical Ethics (AEBI) in

---

28 - "Trafficking in human organs" mean any illicit activity in respect of human organs - "human organ" shall mean a differentiated part of the human body, formed by different tissues, that maintains its structure, vascularisation and capacity to develop physiological functions with a significant level of autonomy. A part of an organ is also considered to be an organ if its function is to be used for the same purpose as the entire organ in the human body, maintaining the requirements of structure and vascularisation.

its last Annual Conference (2017), under the title Surrogate Maternity: ethical-legal concerns, condemns surrogate motherhood as contrary to the dignity of women.

In addition to the issue of surrogate motherhood, the same approach is based on systematic charting and assessment of the various normative arguments and argumentative strategies used to justify particular laws, policies, and regulations.

## **5.2 ENCARNIZAMIENTO TERAPEUTICO: THE SANTIAGO DE COMPOSTELA CASE-STUDY**

In 2015, the parents of a kid with neurophysiological problems incompatible with life, had asked to cease all intervention by the Hospital of Santiago de Compostela to artificially prolong their life of the therapeutic support that kept it against nature, in what they understood a case of therapeutic obstinacy .

The parents, requested judicial intervention against the criteria of the Hospital. The novelty of the case is the *bona fide* mediation of the judge instead of the a judicial intervention. The therapeutic obstinacy is forbidden in our legal order.

“Encarnizamiento terapeutico” happens all the time on Brazil due in Brazilian law, euthanasia is considered criminal, but there is no explicit provision in this regard. However, the typification provided in art. 121 of the Penal Code, that is, simple or qualified murder. It is immaterial for the legal qualification of this conduct and for the corresponding civil and criminal liability, that the patient has given his consent. Even in this hypothesis, such consent is considered, legally, irrelevant, to de-characterize such conduct as a crime.

## **6. RECOMMENDATIONS AND CONCLUSIONS**

Therefore although the Brazil legislation is largely in line with the CoE Conventions covering the issues, a further alignment to these specific legal instruments is advisable as a positive input in those specific areas:

- (1) proposing a set of scalable actions to identify, assess and resolve critical gaps in existing Brazilian regulations and policies concerning bodily rights and the donation/ownership of human tissues and other biological materials, and
- (2) address specific actions to improve the awareness

of relevant stakeholders on bodily rights and the ethics of ownership and donation in biomedicine.

This topic has received the interests of scholars and researchers both, from Brazilian and Spanish High Level Educational institutions at the present.

## 7. REFERENCES

- Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), available in English at: <[http://www.abto.org.br/abtov03\\_ingles/](http://www.abto.org.br/abtov03_ingles/)>. Last access on May, 26<sup>th</sup>, 2017.
- Aristóteles. *Política*. Translation de Mario da Gama Kury. 3<sup>o</sup> edicione. Brasília: UNB, 1997.
- Barreto, Vicente de Paulo. Coordinator-Adjunct Alfredo Culleton. In: *Dictionary of Political Philosophy*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.
- Bellagio Task Force, Op. Cit.; D. A. Budiani-Saberi, F. L. Delmonico, Organ trafficking and transplant tourism: a commentary on the global realities, In: *American Journal of Transplantation*, Volume 8(5) (2008), p. 918–929.
- Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, São Paulo: Imprensa, Saraiva, 2010.
- Brazil Legislative Power - *Law no. 13,344, of October 6, 2016*. Available at <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm)>. and *Law no. 9, 434, of February, 6th, 1997*. Available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm)>. Both access on May, 25<sup>th</sup> and 26<sup>th</sup>, 2017.
- Brazil Executive Power. *Decree no. 2.268, of June 30, 1997*, available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/D2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm)>. Access on May, 26<sup>th</sup>, 2017.
- Caplan, Arthur; Domínguez-Gil, Beatriz; Matesanz, Rafael; Prior, Carmen. *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs* - Joint Council of Europe/United Nations Study, 2009.

- Convention - Appendix 10 (Item 10.3) Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs (*Adopted by the Committee of Ministers on 9 July 2014 at the 1205th meeting of the Ministers' Deputies*).
- Council Conclusions on Research Integrity, December, 1<sup>st</sup>, 2015, 14853/15 RECH 296 and Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organ. CETS No. 216, available at: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216>>. Last access on May 24th, 2017.
- Directive 2010/45/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010, on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation.
- ELPAT, in Session of the 22nd Congress of TTS, An update on global organ trafficking, Sydney (10–14 August, 2008) – The Michael Bos Presentation and ESF and ALLEA - The European Code of Conduct for Research Integrity, 2011.
- González Botija, F., Vaquero Ramiro, S. *Trasplante de órganos y Derecho comunitario*. Revista Universitaria Europea N° 22, enero-junio, 2015: 97-136 ISSN: 1139-5796
- Morin, Edgar; Le Moigne, Jean-Louis. *The Intelligence of Complexity*. São Paulo: Petrópolis, 2000.
- N. Scheper-Hughes, *Death Without Weeping: The Violence of Everyday Life in Brazil* (University of California Press: Berkeley, 1992), pp. 233–239.
- Potter, Van Rensselaer. *Bioética: Ponte para o futuro*. Presentation of Leo Pessini. São Paulo: Edições Loyola, available at <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/1237335091471892398.pdf>>. Access on April, 30<sup>th</sup>, 2017.
- Sá, Maria de Fátima Freire; Naves, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.ç

The European Code of Conduct for Research Integrity (ESF and ALLEA, 2011), available at

<[http://www.esf.org/fileadmin/Public\\_documents/Publications/Code\\_Conduct\\_ResearchIntegrity.pdf](http://www.esf.org/fileadmin/Public_documents/Publications/Code_Conduct_ResearchIntegrity.pdf)>. Last access on May 24<sup>th</sup>, 2017.

Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Imprensa, Saraiva, 1994.

World Medical Association. *Declaration of Helsinki*. Available at: <[http://www.who.int/bulletin/archives/79\(4\)373.pdf](http://www.who.int/bulletin/archives/79(4)373.pdf)>. Last access on May 24<sup>th</sup>, 2017.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília - DF  
Tiragem: 130 exemplares