Direttore:
Angelo Viglianisi Ferraro

Coordinatori:
Rubén Miranda Gonçalves
Fábio da Silva Veiga

STUDI SUI DIRITTI EMERGENTI

(Estudos sobre os Direitos Emergentes)

MICHR (Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria)
& IBEROJUR

STUDI SUI DIRITTI EMERGENTI

(Estudos sobre os Direitos Emergentes)

Direttore

Angelo Viglianisi Ferraro

Coordinatori

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

Reggio Calabria - 2019

Tutti i diritti riservati ai direttori e coordinatori dell'opera. Nessuna parte di essa può essere riprodotta senza l'espresso consenso del direttore e dei coordinatori.

Il direttore e i coordinatori non sono responsabili per le opinioni, i commenti o le dichiarazioni degli autori degli autori dei contributi contenuti in questo libro

©Angelo Viglianisi Ferraro

© Rubén Miranda Gonçalves

© Fábio da Silva Veiga

© Gli autori

© Isabela Moreira do Nascimento Domingos (Per il coordinamento e la formattazione degli articoli)

1ª edizione: 2019

ISBN: 978-84-09-04894-6

Mediterranea International Centre for Human Rights Research (Università degli Studi Mediterranea) & Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos

Città: Reggio Calabria (Italia)

Indice

Arbitragem comercial: superação do champerty e maintenance nos países de common law e o paradigma do financiamento de litígios | **Derick de Mendonça Rocha** 8

O entrelaçamento da mediação com a arbitragem na resolução de conflitos marítimos: o controle das partes na resolução dos conflitos | **Gabriela Soldano Garcez & Simone Alves Cardoso** 17

Bem jurídico e guerra às drogas: inadequação dogmática do proibicionismo | **André Luis Pontarolli** 25

ODS 8 e o princípio da proteção no direito constitucional do trabalho | **Fernando Augusto Melo Colussi** 32

Análise do objetivo de desenvolvimento sustentável 10: o direito à educação como instrumento de redução das desigualdades sociais | **Lucas Girardello Faccio** 41

Prescrição da pretensão punitiva das medidas socioeducativas: uma forma de cômputo do prazo | **Thaylize Rodrigues Orsi** 50

As eleições presidenciais brasileiras de 2018 e a relação entre a tecnologia e democracia na América Latina | **Raíssa Mendes Tomaz** 59

A relevância dos programas de *compliance* para a responsabilidade penal da pessoa coletiva | **Carolina de Novaes Uchôa** 67

Nótulas sobre o novel trade facilitation agreement e as boas perspectivas para o sistema comercial internacional | **Niedja de Andrade e Silva Forte dos Santos** 77

A centralidade do poder judiciário em detrimento do legislador: uma visão crítica do ativismo judicial | **Francivaldo Gomes Moura** 87

Direitos reprodutivos e a gestação de substituição | **João Proença Xavier** 94

Tributação da economia digital | **J. Eduardo Amorim** 102

Análise crítica da teoria geral do processo | **César Augusto Luiz Leonardo** 110

O fim do anonimato do dador na procriação medicamente assistida e o triunfo direito ao conhecimento das origens genéticas em Portugal através do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º225/2018 | **Cândida Carvalho** 119

A incidência das garantias da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos sancionadores conduzidos pelas agências reguladoras brasileiras | **Gabriel Vinicius Carmona Gonçalves** 127

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos como limite ao poder econômico | **Orly Kibrit**..... 133

Regulação sustentável em telecomunicações: a oportunidade com a inovação 5g | **Ana Paula Silvestrini Vieira Alves**..... 140

A aplicabilidade da diplomacia preventiva enquanto mecanismo para preservação da paz | **Adriana Machado Yaghsisian & Catherine de Souza Santos**.....147

A tendência atual de criminalização da dívida tributária no Brasil | **Renata Gomes de Albuquerque Sá**..... 156

A qualidade da democracia pela implantação do blockchain no sistema eleitoral de votação | **Rijkaard Dantas de Santana & Caroline Teixeira Barbosa**..... 164

Valores espirituais das comunidades tradicionais indígenas como patrimônio imaterial no Brasil | **Vânia Siciliano Aieta & Rubén Miranda Gonçalves.....**..... 172

O incentivo ao estudo como instrumento de ressocialização do apenado | **Ricardo Affonso Ramos & Vnia Siciliano Aieta**..... 183

A importância da sustentabilidade ambiental na valorização das empresas | **Fernando Rodrigues da Motta Bertoncello & Thaís Cíntia Cárnio**.....191

Holding transnational corporations accountable for human rights abuses under the alien tort claims act | **Silvia Vilar González** 198

Gestação de Substituição ou Barriga de Aluguer?. Os novos rumos da Procriação Medicamente Assistida em Portugal | **Miguel Luís Doutel de Almeida de Antas de Barros & Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo Veloso**..... 206

The taxation of use licenses of off-the-shelf software: a proposal for a resolution to the conflict of competence between federative entities in Brazil | **Carlos Eduardo de Arruda Navarro** & **João Vitor Kanufre Xavier da Silveira** 215

O caso pobletes vilches *vs.* chile e a tutela do direito à saúde na corte interamericana de direitos humanos | **Ana Paula de Jesus Souza & Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias** 222

World trade organization and the anti-corruption principle | **Glenyo Cristiano Rocha** 230

El arbitraje acelerado en el ámbito de la cnudmi | **Marta Grande Sanz** 236

Overriding rules in international arbitration and the role of transnational public policy | **Rebecca Paradellas Barrozo** 245

Imposto sobre Produtos Industrializados e sua aplicação para a sustentabilidade ambiental | **Luiza Nagib & Thaís Cíntia Cárnio** 254

Autoria de obras geradas por inteligência artificial. Desafio para o sistema internacional de proteção de direitos autorais | **Aline Schraier de Quadros** 263

Legislação sobre proteção contra os perigos resultantes da exposição a radiações ionizantes na Europa e em Portugal: breve descrição e contextualização no âmbito da prática da radiologia | **Patrícia Anjos Azevedo & Abílio Azevedo** 272

A tutela dos direitos de propriedade industrial pela responsabilidade civil no direito português | **Pedro Luiz Marcon** 280

A indisponibilidade do crédito tributário: obstáculo à arbitragem no Brasil? uma análise luso-brasileira | **Francisco Nicolau Domingos & Carlos Henrique Machado** 287

A superação da concepção de um regime jurídico administrativo uniforme no Brasil: consequência de uma realidade complexa | **Gabriela Barrionuevo Bertochi dos Santos & Victor Silveira Martins** 296

Liberdade de imprensa x direito à imagem: uma análise luso-brasileira atual | **Gabriellen da Silva Xavier do Carmo** 304

GDPR compliance on the Blockchain: making Smart Contracts legal | **José L. Pereira & Tiago A. Marques** 312

Refugiados e migrantes: existe um direito a entrar? Refugees and migrants: there is a right to enter? | **Weder Lacerda** 322

Uma ação, um voto: hipótese ou postulado?. Análise da aplicação do teto de votos às sociedades anônimas | **Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa** 330

El proyecto de "obligatoriedad mitigada" de la mediación en españa y su relación con la tutela judicial efectiva | **Ana Amorín Fernández** 339

Fundamentação das decisões judiciais na perspectiva do direito fundamental a tutela jurisdicional adequada | **Andrea Boari Caraciola** 350

"Fake news" e ofensa aos direitos da personalidade: estudo comparado entre brasil e Portugal | **Milena Guarda** 361

Human Germline Engineering and Human Rights | **Hab. Kinga Michałowska & Daleksandra Nowak-Gruca** 370

De estocolmo-1972 ao Acordo de Paris: a influência da soft law no direito internacional envolvendo questões climáticas | **Caroline Buarque Leite de Oliveira** 379

Mecanismos híbridos y arbitraje fiscal internacional. A propósito de la viabilidad de la acción 2 del 389 plan BEPS en Venezuela | **Serviliano Abache Carvajal & Gilberto Atencio Valladares** 389

Arbitragem comercial: superação do champerty e maintenance nos países de common law e o paradigma do financiamento de litígios

Derick de Mendonça Rocha[1]
Universidade de Lisboa

Sumário: 1. Introdução. 2. A *Champerty* e o *Maintenance* no panorama histórico. 2. A superação das doutrinas do *Champerty* e *Maintenance* e o financiamento de litígios arbitrais. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Nos últimos anos, principalmente na última década, tem-se visto um aumento considerável da utilização de *third-party funding* no financiamento de cases judiciais e extrajudiciais, no último rol principalmente na arbitragem comercial. O tema é extremamente atual, porém muito delicado. Ora, se por um lado temos o aumento do uso desse instrumento moderno de financiamento; por outro, temos o surgimento de diversos questionamentos e dúvidas, o que de fato acaba por atrair a atenção de juristas, pesquisadores, árbitros e, até mesmo, de instituições regulatórias.

O financiamento da arbitragem por terceiros é uma realidade atual e tem tudo para continuar se desenvolvendo ainda mais.[2] Outrora presente unicamente nos países de *common law*, o financiamento privado na arbitragem tem assumido um posto de extrema relevância no "mercado" internacional da arbitragem, tornando-se um importante aliado na concretização do direito de acesso à justiça.

Atualmente, os países que adotam o *common law* ainda representam o principal cenário de utilização do *third-party funding*, especificamente o Reino Unido, a Austrália e os

[1] Mestre em Direito e Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Corporate Governance pela Universidade de Lisboa. Ex-Vice-Presidente do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro (NELB). Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). Advogado.

[2] Yves Derains explica que "specialized finance corporations that have their biggest markets in the UK and the US. However, since 2010, they are operating worldwide, both in common law and civil law countries". DERAINS, Yves. *Foreword.* In Third-Party Funding in International Arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 10. 2013, p. 5.

Estados Unidos.[3] No tocante ao primeiro, já é possível observar uma "*self-regulation*" do sistema, bem como um alto número de fundos especializados.[4]

O financiamento de litígios, por sua vez, tem origem incerta. Para Ricardo Silva Pereira, "as origens do financiamento de litígios remontam […] sobretudo à Inglaterra, [em que] abastados nobres financiavam partes em litígios enquanto forma de prossecução de interesses alheios ao mérito da ação, como o enfraquecimento dos rivais". A partir daí foram se desenvolvendo as teorias anglo-saxônicas da *champerty and maintenance*.

O objetivo do estudo não é esgotar o tema do *champerty* e *maintenance* e o *third-party funding* nos países de *common law*, mas, sim, expor objetivamente os principais aspectos sobre o assunto, principalmente em função de sua importância, visto o grau de desenvolvimento desse tipo de financiamento em tais países e a barreira histórica imposta por esses princípios.

2. A *Champerty* e o *Maintenance* no panorama histórico

A proibição do *champerty* e do *maintenance*, que em síntese seria ajudar um terceiro a intentar um litígio (*maintenance*) em troca de um retorno financeiro no resultado (*champerty*)[5] foi desencadeada diretamente do contexto histórico e social da Inglaterra da Idade Média.[6]

Em um ambiente não muito racional e deveras hostil para a solução de conflitos, as formas de julgamento à época poderiam variar desde "julgamento por provação" (*trial by ordeal*) até "julgamento por batalha" (*trial by battle*), em que muitas vezes a morte era o resultado final.[7]

---

[3] Para Maya Steinitz, o desenvolvimento nos Estados Unidos ocorreu mais tardiamente em função de que nas outras duas jurisdições (UK e Austrália) há a predominância do princípio da sucumbência ("*British Rule*"), o qual estipula que a parte derrotada deve pagar as despesas do advogado do vencedor. Enquanto que a lei americana estipula que cada parte deve arcar com as despesas de seus advogados; ou seja, para Steinitz o acesso à justiça é mais limitado nessas outras duas jurisdições. STEINITZ, Maya. *Whose Claim is This Anyway? Third-Party Litigation Funding*. In Minnesota Law Review, vol. 95, nº 4, 2011. p. 1278.

[4] Confira: SCRINE, Jonathan. Third-Party Funding for Litigation and Arbitration. In *Mondaq Business Briefing*, n. 2016. 2016.

[5] Confira o entendimento da Suprema Corte Americana sobre a definição desses preceitos: "maintenance is helping another prosecute a suit; champerty is maintaining a suit in return for a financial interest in the outcome". United States Supreme Court. *In re Primus*, 436 U.S. 412. 1978. Disponível em <https://goo.gl/BDBx53>. (Acesso em: 18 de out. 2017).

[6] STEINITZ, Maya. *Whose Claim is This*… cit., p. 1275-1276.

[7] Conforme esclarece Max Radin: "Medieval society exhibited the same apprehensions in regard to the abuse of legal process as ancient society did, and knew special forms which that danger seemed to take. The first of these elements was a lively sense of the perilous character of all legal procedure. Trial was normally by ordeal, by battle or by compurgation. All of these invoked sanctions that were beyond human control and while this fact might seem to put their efficiency on a higher plane of certainty than the method of research and investigation, it was obvious that God might refuse to intervene and also that divine intervention might be directed to ends too obscure and complicated for human wits to fathom". RADIN, Max. Maintenace by Champerty. In *California Law Review*. V. 24. 1935.

Conforme descreve Lyon, nos julgamentos por provação o acusado era submetido a alguma tortura, como, por exemplo, segurar um pedaço de aço quente ou colocar as mãos em água fervente. Se, após três dias, suas feridas já estivessem saradas, seria interpretado como um sinal divino de sua inocência. Outro método popular era amarrar o litigante e jogá-lo em um lago gelado; se ele afundasse, era considerado inocente, se boiasse, culpado.[8]

Um julgamento era, portanto, um instrumento perigoso por própria natureza, inclusive em causas justas era interessante abdicar da utilização desse recurso. Adicionalmente, há ainda que considerar que a imagem social de estar em um litígio representava, de certa forma, uma atitude não cristã.[9]

No contexto dessa sociedade antiga, intentar um litígio era considerado um sinal ostensivo, beligerante e contra os "ensinamentos cristãos".[10] Imagine, portanto, como era considerado aquele que incentivasse um terceiro a intentar um litígio e ainda saísse lucrando com isso. Pois bem, a participação – ainda que indireta – de um *third-party* em um litígio era algo socialmente reprovável.[11]

Mesmo com esse ambiente, na Inglaterra medieval ainda existiam aqueles senhores feudais que financiavam e apoiavam litígios somente por razões políticas.[12] Alguns *lords* usavam do litígio unicamente como forma de atingir os cofres de seus oponentes. Na grande maioria das vezes, o litigante pleiteava o reconhecimento de direito sobre alguma parcela de terra e, caso saísse vencedor do litígio, o *lord* patrocinante demandava uma parte da propriedade como reembolso por seu apoio; ou seja, com uma única "ação", conseguia aumentar sua influência e ainda enfraquecer seus inimigos.[13]

Ante o contexto social apresentado e tendo em vista a utilização desse mecanismo de apoio financeiro por senhores feudais, o que estava ameaçando a paz social, bem como o

[8] LYON, Jason. *Revolution in progress: Third-Party Funding of American Litigation*. Los Angeles: 58 UCLA Law Review 571. 2010, p. 580.
[9] RADIN, Max. *Maintenace by Champerty*… cit., p. 58.
[10] Confira: LYON, Jason. *Revolution in progress*… cit., p. 581.
[11] RADIN, Max. *Maintenace by Champerty*… cit., p. 58.
[12] PEREIRA, Ricardo Silva. *Third-party funding*... cit., p. 87
[13] Confira: LYON, Jason. *Revolution in progress*… cit., p. 581. ("In medieval England, outside support for lawsuits raised political concerns as well. Feudal lords would underwrite suits against their enemies as a form of private warfare to weaken their opponent's coffers. In many of these suits, the remedy sought by the plaintiff was title to a disputed parcel of land; when such suits were successful, the sponsoring noble would demand a share of the property as repayment for his support. In this way, a lord could both expand his own dominion and weaken his enemies in a single action").

domínio da "Coroa", as práticas de *maintenance* e *champerty* foram proibidas[14] e declaradas crimes na Inglaterra e em suas colônias.[15]

3. A superação das doutrinas do *champerty* e *maintenance* e o financiamento de litígios arbitrais

Os acordos de *third-party funding* parecem, à primeira vista, exatamente o que é vedado pelas doutrinas da *champerty* e *maintenance* (financiamento de litígios por terceiros na esperança de um resultado lucrativo). Entretanto, conforme elucida Jason Lyon, "the primary rationale for the doctrines no longer applies", tendo em vista a evolução do *common law*.[16]

Certamente a sociedade mudou e os tempos são outros. Atualmente, muitas jurisdições tendem a reavaliar as restrições impostas pela *champerty* e *maintenance*, analisando se continuam úteis e relevantes, uma vez que outras soluções podem ser aplicadas para prevenir fraudes e condutas abusivas.[17] Fato é que há um conflito entre princípios históricos e a proteção do direito de acesso à justiça, tendo em vista que, frequentemente, a restrição econômica das partes as impede de custear um litígio.[18]

Conforme bem pontuam Lisa Nieuwveld e Victoria Sahani, deve-se levar em consideração que as doutrinas de *champerty* e *maintenance* se originaram há séculos, de forma que refletem problemas inerentes às sociedades de então.[19] Portanto, a tendência de superação dessas barreiras, principalmente no tocante ao *third-party funding*, é algo positivo e que deve ser considerado como uma evolução jurídica.[20]

No cenário jurídico britânico, por exemplo, houve a abolição das sanções civis e criminais relativas à prática de *champerty e maintenance*, conforme se pode observar nas Seções

---

[14] Conforme Lisa Nieuwveld e Victoria Sahani: "distinct historical circumstances shaped the public policy doctrines of maintenance and champerty. At that time, committing maintenance or champerty resulted in both civil and criminal penalties". NIEUWVELD, Lisa Bench; SAHANI, Victoria Shannon. *Third-Party Funding in International Arbitration*. 2nd edition. The Hague: Kluwer Law International. 2017, p. 44.

[15] RADIN, Max. *Maintenace by Champerty*… cit., p. 61.

[16] LYON, Jason. *Revolution in progress*… cit., p. 579.

[17] NIEUWVELD, Lisa Bench; SAHANI, Victoria Shannon. *Third-Party*… cit., p. 15.

[18] Collin Flake é enfático ao afirmar que "*Third party funding increases access to justice for parties with meritorious claims but shallow pockets*". FLAKE, Collin R. *Third party funding In domestic arbitration: Champerty or social utility?*. In Dispute Resolution Journal Vol. 70 n. 2. 2015. p.115.

[19] NIEUWVELD, Lisa Bench; SAHANI, Victoria Shannon. *Third-Party*… cit., p. 44.

[20] Em sentido contrário, reafirmando as doutrinas de *champerty* e *maintenance*, bem como proibindo com base nesses princípios o uso de *third-party funding,* a Suprema Corte da Irlanda, em maio de 2017, no julgamento de Apelação no *case Persona Digital Telephony, Ltd. v. Minister for Public Enterprise*, manteve decisão da Corte Alta (High Court of Ireland), proibindo a prática e considerando-a como delito. Confira: IRLANDA. The Supreme Court of Ireland. *Persona Digital Telephony Limited v. Minister for Public Enterprise & ors.* 2017. <https://goo.gl/Ej2NXh>. (Acesso em: 23 out. 2017).

13 e 14 do *Criminal Law Act of 1967*.[21] Inclusive, no *case Arkin v. Borchard Lines Ltd*.,[22] a Corte de Apelações da Inglaterra e Gales pontuou que a prática de *third-party funding* é consistente com o interesse público, na medida em que aumenta o acesso à justiça.[23]

A despeito da referida abolição, a interpretação doutrinária da Seção 14 (2) sugere que, apesar de essas práticas não serem mais ilegais, a vedação de *champerty* e *maintenance* permanece quanto à execução de contratos com esse objeto.[24]

A situação é levemente parecida com a da Austrália, muito embora lá a prática ainda não seja expressamente aceita[25]; os contratos de *third-party funding* não são presumidamente considerados inválidos no ordenamento jurídico daquele país. Ao abordarmos a atual situação do *champerty* e *maintenance* na Austrália, necessariamente devemos analisar o decidido no *case Campbells Cash & Carry Pty Limited v. Fostif Pty Ltd*, considerado o *leading case* australiano sobre o tema ("*case Fostif*").[26]

No *case Fosfit*, a High Court of Australia definiu que o *champerty* e o *maintenance* ainda podem ser alegados para fins de nulidade dos acordos de financiamento de litígios em todas as oito *jurisdictions* do país, com fundamento na teoria do "abuse of process" ou como reivindicação de ordem pública.

No entanto, o que abalizou o entendimento da Corte foi que, apesar de reconhecer a possibilidade de se postular a anulação de um contrato de financiamento de litígio, definiu-se que a simples existência de um acordo desse gênero não é suficiente para que se presuma a existência de *abuso do processo*. Ou seja, há que se analisar o teor do acordo para verificar se

---

[21] *Vide* disposição literal de ambos os dispositivos legais supramencionados:
Criminal Law Act 1967, Section 13 - Abolition of certain offences, and consequential repeals.
"(1) The following offences are hereby abolished, that is to say — (a) any distinct offence under the common law in England and Wales of maintenance (including champerty, but not embracery), challenging to fight, eavesdropping or being a common barrator, a common scold or a common night walker".
Criminal Law Act 1967, Section 14 - Civil rights in respect of maintenance and champerty.
"(1) No person shall, under the law of England and Wales, be liable in tort for any conduct on account of its being maintenance or champerty as known to the common law, except in the case of a cause of action accruing before this section has effect.
(2) The abolition of criminal and civil liability under the law of England and Wales for maintenance and champerty shall not affect any rule of that law as to the cases in which a contract is to be treated as contrary to public policy or otherwise illegal".

[22] *Vide* a íntegra do precedente mencionado. England and Wales Court of Appeal. *Arkin v. Borchard Lines Ltd.* 2005. Disponível em <https://goo.gl/awvZ76>. (Acesso em: 20 out. 2017).

[23] Confira: FLAKE, Collin R. *Third party funding*… cit., p. 114.

[24] NIEUWVELD, Lisa Bench; SAHANI, Victoria Shannon. *Third-Party*… cit., p. 45.

[25] Das oito *jurisdictions* australianas, quatro ainda consideram as práticas de *champerty* e *maintenance* tecnicamente ilegais, são elas: Queensland, Tasmania, Western Australia e Northern Territory.

[26] *Vide* a íntegra do precedente: AUSTRÁLIA. High Court of Australia. *Campbells Cash & Carry Pty Limited v. Fostif Pty Ltd.* 2006. Disponível em <https://goo.gl/A89xRn>. (Acesso em: 20 out. 2017).

de fato há alguma abusividade, principalmente no tocante ao nível de controle exercido pelo *funder* sobre a parte litigante, bem como se o contrato afetou negativamente o processo.[27] [28]

Hong Kong possui aquela que talvez seja a postura mais progressista em relação ao tema, uma vez que o Hong Kong's Legislative Council, em 14 de junho de 2017, autorizou por meio de lei o uso de *third-party funding* na arbitragem e na mediação, bem como aboliu a aplicação das doutrinas de *champerty* e *maintenance* nessas formas alternativas de resolução de controvérsias.[29]

Partimos, por fim, à situação da matéria nos Estados Unidos. Conforme muito bem explicado por Jason Lyon, a problemática naquele país ainda permanece embaçada, em que pese o crescimento[30] da utilização desse tipo de financiamento. A legislação e o tratamento legal variam muito de estado a estado.[31]

Ainda de acordo com o profundo estudo de Jason Lyon, acredita-se que o *champerty* não mais seja mais considerado crime em nenhum estado americano, muito embora ainda haja precedentes sólidos de muitos estados proibindo a prática. Na contramão e assumindo posição de vanguarda no país, a Suprema Corte de Massachusetts, no *leading case Saladini v. Righellis* ("*case Saladini*"), não somente reconheceu a validade dos *litigation lending agreements* no estado, como também reconheceu que a *champerty* estaria superada na referida Commonwealth.[32] Confiram-se algumas das razões expostas no *case*:

---

[27] Sobre o tema, importante se faz trazer à baila os comentários de Lisa Nieuwveld e Victoria Sahani: "In Fostif, the High Court of Australia ruled that the existence of a funding agreement did not give rise to a presumptive claim for abuse of process unless specific public policy considerations were invoked to call into question the propriety of the agreement". Na sequência, as autoras ainda completam que "In ruling on an abuse of process or public policy claim, the court must determine whether the funder overstepped its bounds with respect to the level of control exercised, whether the agreement adversely affects the litigation process, or whether the bargain is unfair to the client in the case". NIEUWVELD, Lisa Bench; SAHANI, Victoria Shannon. *Third-Party*… cit., p. 46.

[28] Para Maya Steiniz, a ["moderna"] solução criada pela *High Court of Australia* no *case Fosfit* talvez seja a melhor para relativizar as doutrinas do *champerty* e *maintenance*. STEINITZ, Maya. Whose Claim is This… cit., p. 1288. Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, sugerimos: AUSTRÁLIA. Law Council of Australia. *Regulation of Third Party Funding in Australia: Position Paper*. 2011. Disponível em <https://goo.gl/6Q64xJ>. (Acesso em: 20 de out. 2017).

[29] Confronte expressamente o teor do parágrafo 98k, da *Division* 3, da referida legislação: "The common law offences of maintenance (including the common law offence of champerty) and of being a common barrator do not apply in relation to third party funding of arbitration". Para a íntegra da referida legislação: <http://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf>. (Acesso em: 23 out. 2017). Para mais informações: SECOMB, Matthew et al.. *Third Party Funding: a New Chapter in Hong Kong & Singapore*. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/5fG3zx>. (Acesso em: 23 out. 2017).

[30] BEISNER, John et al. *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding In The United States*. In U.S. Chamber Institute for Legal Reform – Out. 2009. Disponível em <https://goo.gl/1VidqR>. (Acesso em: 20 out. 2017). ("The recent growth of third-party litigation financing in the United States results from a number of factors, including rising litigation costs, the lack of capital in the traditional lending market to fund litigation [which is inherently speculative], and professional-responsibility rules that prohibit attorneys from paying their client's living expenses while litigation is pending").

[31] LYON, Jason. *Revolution in progress*… cit., p. 575.

[32] *Vide* a íntegra do julgado: Supreme Judicial Court of Massachusetts. Lisa SALADINI v. George P. RIGHELLIS. 1997. Disponível em <https://goo.gl/pGvgjZ>. (Acesso em 20 out. 2017).

> We also no longer are persuaded that the champerty doctrine is needed to protect against the evils once feared: speculation in lawsuits, the bringing of frivolous lawsuits, or financial overreaching by a party of superior bargaining position. There are now other devices that more effectively accomplish these ends. Our rule governing contingent fees between attorneys and clients is based on the principle that an attorney's fee must be reasonable.

A tendência atual nos Estados Unidos é que o entendimento jurídico alcançado pela Suprema Corte de Massachusetts no *case Saladini* seja aplicado em casos similares por outros estados americanos, de forma que haja uma relativização das doutrinas de *champerty* e *maintenance* no financiamento de todos os litígios, inclusive os arbitrais.[33]

Collin Flake é enfático ao afirmar que "as the cost of litigation and arbitration in the United States continues to rise, more and more litigants are seeking out lenders to pay their legal costs and fees in exchange for a share of the judgment". Por isso, defende que o *third-party funding* deveria ser expressamente permitido na arbitragem (*domestic arbitration*), uma vez que promove o acesso à justiça, assim como o equilíbrio no processo arbitral ao igualar recursos.[34]

Apesar do apoio taxativo à permissão de *third-party funding* na arbitragem, Collin Flake sustenta que deve haver certa vigilância no que concerne à relação das partes envolvidas no financiamento. Sendo assim, sugere que o legislador ou as organizações envolvidas criem regras de boas práticas, a fim de resguardar o procedimento arbitral de conflitos éticos que eventualmente surjam, em relação ao que concordamos com o autor.[35]

4. Considerações Finais

A tendência no âmbito da arbitragem comercial é que o *third-party funding* continue a crescer e atinja novas jurisdições, sendo uma realidade atual e importante para a consolidação da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos.

Nesse contexto, outras jurisdições devem ter como exemplo os países de *common law*, os quais vêm relativizando uma barreira histórica à prática do financiamento de litígios (*champerty* e *maintenance*) para se adaptarem à realidade social contemporânea, de forma a assegurar os muitos benefícios inerentes a este tipo de financiamento, principalmente o acesso à justiça nos conflitos arbitrais.

Certamente, enquanto houver o crescimento e consolidação do *third-party funding* em novos ordenamentos jurídicos, como o português e o brasileiro, novos questionamentos

---

[33] Confira: LYON, Jason. *Revolution in progress*… cit., p. 587. ("The view of litigation that gave rise to the doctrines against maintenance and champerty no longer corresponds with our conception of the role of the lawsuit in society").
[34] FLAKE, Collin R. *Third party funding*… cit., p. 123.
[35] FLAKE, Collin R. *Third party funding*… cit., p. 123.

surgirão, principalmente no que tange às boas práticas aplicáveis, viabilidade jurídica e regulação do instituto.[36] A despeito disso, deve-se ter uma postura menos conservadora, com menos preconceitos,[37] a fim de superar barreiras e usufruir dos benefícios que o *third-party funding* proporciona.

5. Referências

AUSTRÁLIA. High Court of Australia. *Campbells Cash & Carry Pty Limited V. Fostif Pty Ltd*. 2006. Disponível em <https://goo.gl/A89xRn>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Law Council of Australia. *Regulation of Third Party Funding in Australia: Position Paper*. 2011. Disponível em: <https://goo.gl/6Q64xJ>. Acesso em: 20 de out. 2017.

BEISNER, John et al.. *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding In The United States*. In U.S. Chamber Institute for Legal Reform – Out. 2009. Disponível em: <https://goo.gl/1VidqR>. Acesso em: 20 out. 2017.

CHINA. Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region of the people's Republic of China. *Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016*. Disponível em: < http://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf >. Acesso em: 23 out. 2017.

DERAINS, Yves. *Foreword*. In Third-Party Funding in International Arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 10. 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *In re Primus, 436 U.S. 412*. 1978. Disponível em: <https://goo.gl/BDBx53>. Acesso em: 18 de out. 2017.

_____. Supreme Judicial Court of Massachusetts, Middlesex. Lisa Saladini v. George P. Righellis. 1997. Disponível em: <https://goo.gl/pGvgjZ>. Acesso em: 20 out. 2017.

FLAKE, Collin R. *Third party funding In domestic arbitration: Champerty or social utility?*. In Dispute Resolution Journal. Vol. 70. n. 2. 2015.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Third Party Funding ou Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal*. In Revista da Ordem dos Advogados. A. 75 n. 3-4. 2015.

IRLANDA. The Supreme Court of Ireland. *Persona Digital Telephony Limited v. Minister for Public Enterprise & ors*. 2017.

LYON, Jason. *Revolution in progress: Third-Party Funding of American Litigation*. Los Angeles: 58 UCLA Law Review 571. 2010.

NIEUWVELD, Lisa Bench; SAHANI, Victoria Shannon. *Third-Party Funding in International Arbitration*. 2nd edition. The Hague: Kluwer Law International. 2017.

PEREIRA, Ricardo Silva. Third-party funding e implicações éticas na relação com os árbitros. In Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Vol. IX. Coimbra: Almedina. 2016.

QMUL - Queen Mary University of London. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. 2015. Disponível em <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017.

[36] Conforme a *2015 Queen Mary International Survey*, 71% (setenta e um por cento) dos entrevistados se manifestaram no sentido de que o *third-party funding* é uma área que necessita de regulação no futuro. Confira: Queen Mary University of London. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. 2015.

[37] Conforme observa Duarte Gorjão Henriques, é "certo que poderão ser formulados juízos de valor ético ou moral. Admito que, numa primeira abordagem, este modelo negocial choque a mente jurídica e chegue mesmo a colocar em questão valores fundamentais da realização da justiça que encontram consagração ao nível da lei fundamental do país. Mas, ainda assim, estamos longe de poder formular um juízo de censura jurídica sobre o mesmo". HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Third Party Funding ou Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal*. In Revista da Ordem dos Advogados. A. 75 n. 3-4. 2015, p. 622.

RADIN, Max. *Maintenace by Champerty*. In California Law Review. V. 24. 1935.

REINO UNIDO. *Criminal Law Act 1967. Section 13 – Abolition of certain offences, and consequential repeals*. Disponível em: < https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/section/13>.

_____. *Criminal Law Act 1967. Section 14 – Abolition of certain offences, and consequential repeals*. Disponível em: < https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/section/14 >.

_____. England and Wales Court of Appeal. *Arkin V. Borchard Lines Ltd*. 2005. <https://goo.gl/awvZ76>. Acesso em: 20 out. 2017.

SCRINE, Jonathan. *Third-Party Funding for Litigation and Arbitration*. In Mondaq Business Briefing. 2016.

SECOMB, Matthew et al.. Third Party Funding: a New Chapter in Hong Kong & Singapore. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/5fG3zx>. Acesso em: 23 out. 2017.

STEINITZ, Maya. Whose Claim is This Anyway? Third-Party Litigation Funding. In Minnesota Law Review, vol. 95, nº 4, 2011.

O entrelaçamento da mediação com a arbitragem na resolução de conflitos marítimos: o controle das partes na resolução dos conflitos.

The interlacing of mediation and arbitration in the resolution of maritime conflicts: the control of the parties in the resolution of conflicts.

Gabriela Soldano Garcez[38]
Universidade Católica de Santos

Simone Alves Cardoso[39]
Universidade Católica de Santos

Sumário: Introdução. 1. A mediação e suas contribuições para resolução dos conflitos marítimos. 2. Arbitragem. 3. O entrelaçamento da mediação e arbitragem: exemplos em algumas câmaras de arbitragem e mediação. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

No atual cenário mundial globalizado, os meios pacíficos de solução de conflitos têm exercido papel fundamental, inclusive no que tange a matéria do Direito Marítimo, uma vez que consolida a vontade das partes com a construção da solução da problemática, mediante um processo de consenso e cooperação.

Dentre os meios adequados existentes, recebe destaque a mediação e a arbitragem, como sendo os processos de discussão e interação, através da implementação de ações conjuntas, visando a solução para um problema comum.

Neste cenário, o presente artigo traz, primeiramente, uma noção geral sobre o que vem a ser estes meios adequados de resolução de conflito, para, em seguida, abordar a mediação e suas escolas (Harvard, Circular-Narrativo, Transformadora), bem como a arbitragem. Por fim, realiza um relato sobre algumas experiências institucionais que privilegiam a mediação e a arbitragem na solução dos problemas (Câmara Arbitral Marítima de Paris, Associação Marítima de Arbitragem dos Estados Unidos, London Maritime

[38]Advogada, mediadora e professora da Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito Ambiental e Doutora em Direito Ambiental Internacional (ambas com bolsa CAPES), ambas pela Universidade Católica de Santos. Conciliadora capacitada pela Escola Paulista de Magistratura. E-mail: gabrielasoldanogarcez@adv.oabsp.org.br

[39] Mediadora e professora da Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito Urbanístico pela PUC/SP e Doutora em Direito Ambiental Internacional, pela Universidade Católica de Santos. Coordenadora do Juizado Especial Cível, do Curso de Extensão em Mediação e Especialização em Mediação, Resolução de Conflito e Pacificação Social da Unisantos. Email: sacardoso75@gmail.com

Arbitrators Association, Federal Maritime Comission, Câmara Arbitral Marítima do Rio de Janeiro).

1. A mediação e suas contribuições para resolução dos conflitos marítimos

Diante da ineficiência e insuficiência de meios tradicionais para resolução de conflitos, como a via administrativa e judicial, percebemos que há algumas décadas intensificou-se a adoção de meios adequados para resolução de conflitos, enfocando uma solução consensual e pacificadora. Quanto mais específica e técnica a área do conflito, cada vez mais tem-se buscado soluções céleres e inovadoras, tais como a mediação e a arbitragem.

A mediação é conduzida por uma terceira pessoa, que buscará a composição entre as partes atuando de modo efetivo e dinâmico em busca de um acordo. É destinada para conflitos mais complexos, em que as partes escolhem de forma voluntária uma terceira pessoa para conduzir a negociação do conflito[40]. Enquanto que, a respeito da arbitragem, um terceiro (o árbitro, escolhido pelas partes) resolverá o conflito. É um meio eficaz de se ter uma decisão especializada no conflito apontado.

A mediação é um meio consensual como forma de solucionar o conflito, que através da atuação de um terceiro imparcial facilitador, através do diálogo, contribuirá para que os mediados encontrem por si mesmos o caminho para a solução mais adequada.

A origem da palavra mediação vem do latim *mediatio*, que, de acordo com o dicionário da língua portuguesa Aurélio, significa: "técnica de solução de conflitos que, pela intervenção de terceira pessoa, se busca induzir as partes litigantes à produção de um acordo" [...][41].

É um método que poderá ser aplicado em relações humanas continuadas, tanto entre pessoas físicas ou jurídicas, em que, apesar de terem vivenciado uma divergência, as relações são preservadas[42]. Também se mostra uma técnica adequada para conflitos que envolvem sentimentos de rancor, raiva, ódio, amor etc.

---

[40] SOARES, S.O. A mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para governança da água no Brasil. Curitiba: Juruá. 2010.

[41] FERREIRA, F.M.. A mediação como exercício de cidadania na solução dos conflitos socioambientais: o caso dos produtores rurais situados às margens da microbacia hidrográfica do arroio lajeado da cruz. Dissertação de mestrado em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. 202 p. Santo Ângelo, 2010, p. 1.361. Disponível a partir do site <http://www.urisan.tche.br/mestradodireito/pdf/2010/Fernando_Martins_Ferreira.pdf>. Acesso em 18 de jan. de 2019.

[42]MOREIRA, R. P. Mediação de conflitos no âmbito da defensoria pública. Monografia para obtenção do título de Especialista em Direito Público, Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. 50 p. Fortaleza, 2013. Disponível a partir do site <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/617/1/Mono%20Esmec%20Fatima.pdf>. Acesso 26 de jan. de 2019.

Dessa forma, a mediação tem se mostrado cada vez mais atraente para as empresas privadas, assim como para os advogados. Esse movimento levou a inaugurar e a desenvolver serviços, voltados à aplicação da mediação, com fins lucrativos[43].

Por estas razões, a mediação, quando comparada a outras formas alternativas de resolução de conflito, tem recebido uma atenção especial dos especialistas que atuam nessa área, pois tem se mostrado, na prática, a mais poderosa ferramenta dentre os meios adequados de resolução de disputas[44].

Esse instrumento está inserido nas legislações de diversos Estados, porém é nos Estados Unidos que ela tem crescido e vem sendo utilizada cada vez mais, desde em temas relacionados a divórcio até em disputas ocorridas nas comunidades, assim como em relações empresariais, laborais e internacionais.

2. Arbitragem

Por outro lado, a arbitragem é um método heterocompositivo, pelo qual as partes outorgam a uma pessoa ou um grupo de pessoas a tarefa de pacificar um litígio. São pessoas escolhidas pelas partes para proferirem decisões com o mesmo conteúdo e a mesma força das sentenças judiciais, assim a arbitragem também privilegia a autonomia da vontade.

Na Arbitragem a autonomia de vontade das partes permite aos contratantes estabelecer o modo pelo qual seu litígio será resolvido, ou seja, o procedimento que será adotado e até mesmo o direito material que irá ser aplicado na solução da lide, com base em códigos estrangeiros ou em regras de um órgão arbitral.[45]

Muitos tratados multilaterais e bilaterais contêm cláusulas de arbitragem além de tribunais especializados regionais, como o Tribunal Europeu de direitos Humanos ou o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias[46].

No contexto do estudo que envolve os possíveis conflitos oriundos do Direito Marítimo, temos que este é um ramo do direito, que, por envolver questões como o comércio e o transporte de bens via transporte marítimo, é potencialmente fértil no surgimento de controvérsias, pois as relações jurídicas são permeadas por uma multiplicidade de pessoas, pela internacionalidade das questões e uma grande variedade de fontes de Direito. Tais

[43] BUSH, Robert; FOLGER, Joseph. La promessa de Mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimento propio y el reconocimiento de los otros. 1. ed. Buenos Aires: Granica, 2010.
[44] FISHER, Roger; URY, Willian. Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões. Trad. Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.
[45] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. São Paulo: Atlas, 2009.
[46]AUSTIN, A. Handbook of international law. 2.ed. 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/4376372/AnthonyAustHandbook_of_international_Law_2nd_edition>. Acesso 26 de jan. de 2019.

características são relatadas por Eliane Octaviano Martins, defensora da autonomia do Direito Marítimo, pois esta é "assentada na internacionalidade, particularidade e especialidade de suas regras e na tipicidade de seus institutos"[47].

Diante da possível variedade de assuntos, regras, atores, jurisprudência e especificidade do tema, várias instituições especializadas em arbitragem e mediação foram criadas para oferecer uma solução com especialidade, valorizando a autonomia de vontade e com segurança para os conflitos marítimos.

3. O entrelaçamento da mediação e arbitragem: exemplos em algumas câmaras de arbitragem e mediação

A Câmara de Arbitragem Marítima de Paris prevê a possibilidade de resolução por arbitragem e mediação. Segundo regulamento da Câmara, qualquer disputa relacionada as matérias previstas no art. 1, do Regulamento de Arbitragem[48], podem ser submetidas a mediação e, posterior, arbitragem.

O mediador pode ser escolhido pelas partes ou nomeado pela Câmara, enquanto que o pedido pode ser individual ou conjunto. Estabelecido o procedimento de mediação ele deve terminar em dois meses e, deve ser sigiloso. Caso não haja êxito, o procedimento será submetido a um Tribunal ou a Arbitragem.

A Câmara de Arbitragem Marítima de Paris é composta por instituições e membros integrados por pessoas coletivas ou individuais, representadas por: associações ou grupos de armadores, afretadores, marítimos, agentes de frete, manipuladores, corretores, construtores, reparadores, seguradoras, Câmaras de Comércio e indústria e, mais amplamente, qualquer grupo ou corporação direta ou indiretamente relacionada com os problemas de interesse geral marítimos, construção, reparação, seguro ou operação de navios.

A Câmara de Arbitragem Marítima de Paris organiza arbitragem de litígios decorrentes no que diz respeito: a navegação, transporte ou charter, construção ou reparação, venda ou compra de navios, comércio, pesca ou navegação, plataformas offshore e suas instalações, equipamentos e dispositivos no mar e suas amenidades, seguro de Marinha, gestão de navio, operações de transporte e expedição e multimodais, atividades fluviais e durante outras atividades direta ou indiretamente ligadas as matérias elencadas.

---

[47] OCTAVIANO, E.M. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral – Volume I. 2.ed. Barueri: Manoel, 2013.
[48] Disponível no site: <http://www.arbitrage-maritime.org/fr/1_generalites.php?page=docum>. Acesso em 26 de janeiro de 2019.

Outra principal associação voltada à arbitragem marítima é a The London Maritime Arbitrators Association (LMAA)[49], fundada em 12 de fevereiro de 1960 em uma "reunião dos árbitros no Baltic Exchange Aprovado List". A associação é muito consciente de que a sua reputação como centro de excelência na resolução de disputa marítima deve depender da capacidade dos seus membros para prestar um serviço que merece a confiança daqueles que trazem as suas disputas para Londres.

Em 2012, a Associação recebeu cerca de 3.849 novas nomeações de arbitragem e de mais de 631 prêmios foram publicadas por eles, já em 2013 recebeu 2.966 nomeações e 608 prêmios. Arbitragens em Londres são realizadas sob a Lei de Arbitragem de 1996. A LMAA também instituiu termos de mediação para resolução de disputas. A Mediação marítima pode ser desencadeada a pedido das partes ou a convite de uma delas. O mediador nomeado deve exercer sua atividade de forma independente, imparcial, objetiva e justa, inclusive segundo art. 7 das regras de mediação, o mediador pode apresentar propostas para um possível acordo, exercendo neste aspecto mediação avaliativa. A mediação pode ocorrer de forma prévia ou no curso do processo arbitral.

O propósito da arbitragem de acordo com os termos da Câmara de arbitragem de Londres é obter a resolução equitativa do transporte marítimo e outras disputas por um tribunal imparcial, sem demora ou custos desnecessários. Os árbitros têm o dever de agir de forma justa e imparcial entre as partes, em nenhum sentido pode ser considerado como representante de seu nomeador.

Já nos Estados Unidos temos a Comissão Marítima Federal (FMC)[50], que é uma agência federal independente responsável por regular o sistema de transporte marítimo internacional dos EUA para o benefício dos exportadores americanos, importadores e os consumidores dos EUA.

A comissão prevê a resolução alternativa de litígios (ADR) e oferece uma variedade de métodos para resolver as controvérsias deste seguimento. Com o uso dos ADR, o foco está na obtenção de uma solução mutuamente satisfatória. Os meios adequados segundo a associação apresentam vantagens como: imparcialidade, conveniência, confidencialidade, eficiência e custo.

Ao utilizar os serviços de ADR da Comissão, as partes podem resolver suas disputas de forma mais rápida, menos onerosa. Estes processos são menos formais, contraditórios, e

[49] Disponível no site: < http://www.lmaa.org.uk/>. Acesso em 26 de janeiro de 2019.
[50] Disponível no site: <http://www.fmc.gov/about/about_fmc.aspx>. Acesso 26 de janeiro de 2019.

podem levar a soluções criativas e práticas. Além disso, as partes podem controlar o resultado e evitar a imprevisibilidade de uma decisão judicante.

Os tipos de serviços de ADR oferecidos pela Comissão são: a) Assistência Ouvidoria: O serviço de ADR mais frequente é a assistência solicitada ombudsman. Muitas vezes, é o caminho mais rápido para resolver um problema. A Assistência Ouvidoria pode ser útil para resolver problemas de embarque de carga, problemas de bens domésticos ou questões de cruzeiro de passageiros. b) Mediação: casos mais complexos e aqueles que procuram uma resolução maior com discussão aprofundada de questões e problemas podem ser adequados. As partes podem eliminar a incerteza de uma decisão judicante e controlar o resultado do litígio, alcançando um resultado acordado por todas as partes. c) Arbitragem: os serviços de arbitragem são previstos para aqueles que desejam um formato legal mais tradicional, sem ir ao tribunal. A audiência de arbitragem é privada. Após a apresentação das provas e argumentos das partes, o árbitro toma uma decisão. A decisão pode ser vinculativa (o que significa que as partes não podem mais tarde processar em tribunal) ou não vinculante, dependendo do acordo prévio das partes.

No Brasil, a Câmara Arbitral Marítima do Rio de Janeiro (CAMRJ)[51] foi fundada em março de 2013 com o intuito de proporcionar não somente ao Brasil, mas a toda América Latina, uma Instituição capaz de oferecer soluções eficazes aos litígios correspondentes ao transporte multimodal (marítimo, ferroviário, rodoviário e aéreo), às atividades portuárias e atividades marítimas em geral.

Com o apoio da "Chambre Arbitrale Maritime de Paris" através do seu presidente Philippe Delebecque (Professor da Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

Participaram diretamente da constituição e fundação da CAMRJ, os juristas brasileiros, Raphael Magno Vianna Gonçalves, Ronald Farias da Rocha, Marcus Mó Passos, Igor Vianna Lanza, além da Dra. Eliane Maria Octaviano Martins. A Câmara tem por finalidade a administração de procedimentos extrajudiciais de solução de controvérsias, por meio da arbitragem e da mediação.

4. Conclusão

Na mediação as partes têm o controle sobre o processo e sobre o resultado. Na análise das opções de resolução de conflitos marítimos, a mediação está prevista como meio a ser adotado pelas principais Câmaras de Arbitragem e Mediação.

[51] Disponível no site: <http://www.camrj.org/>. Acesso 26 de janeiro de 2019.

A Mediação oferece resolução consensual e autocompositiva. Permite que as partes estejam diretamente envolvidas no processo, e mantenham as relações comerciais. No estudo do presente artigo, foi analisada a viabilidade de aplicação dos meios adequados para resolução de possíveis conflitos oriundos do direito marítimo, dada as características próprias deste ramo do direito, que por envolver questões como o comércio e o transporte de bens via transporte marítimo, é potencialmente fértil no surgimento de controvérsias, pois as relações jurídicas são permeadas por uma multiplicidade de pessoas, pela internacionalidade das questões e uma grande variedade de fontes de direito.

Da análise de algumas das principais Câmaras de Arbitragem Marítimas percebemos o entrelaçamento desses métodos, em que a Mediação, geralmente é imediatamente seguida por arbitragem chamada Med/Arb. As partes podem concordar com auxílio do mediador, se o assunto não for resolvido durante a mediação prossegue para arbitragem.

Assim, a mediação pode ser entendida como uma alternativa viável nos conflitos marítimos, assim como a arbitragem. Um procedimento não exclui a importância do outro, pelo contrário, podem ser complementares.

5. Referências

AUST, A. *Handbook of international law*. 2.ed. 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/4376372/AnthonyAustHandbook_of_international_Law_2nd_edition>. Acesso 26 de jan. de 2019.

BUSH, Robert; FOLGER, Joseph. *La promessa de Mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimento propio y el reconocimiento de los otros.* 1. ed. Buenos Aires: Granica, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, F.M.. A mediação como exercício de cidadania na solução dos conflitos socioambientais: o caso dos produtores rurais situados às margens da microbacia hidrográfica do arroio lajeado da cruz. Dissertação de mestrado em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. 202 p. Santo Ângelo, 2010. Disponível a partir do site <http://www.urisan.tche.br/mestradodireito/pdf/2010/ Fernando_Martins_Ferreira.pdf>. Acesso em 18 de jan. de 2019.

FISHER, Roger; URY, Willian. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões. Trad. Ricardo Vasques Vieira.* Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

MOREIRA, R. P. *Mediação de conflitos no âmbito da defensoria pública. Monografia para obtenção do título de Especialista em Direito Público*, Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. 50 p. Fortaleza, 2013. Disponível a partir do site <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/617/1/Mono%20Esmec%20Fatima.pdf>. Acesso 26 de jan. de 2019.

OCTAVIANO, E.M. *Curso de Direito Marítimo:* Teoria Geral – Volume I. 2.ed. Barueri: Manoel, 2013.

SOARES, S.O. *A mediação de conflitos ambientais:* um novo caminho para governança da água no Brasil. Curitiba: Juruá. 2010.

Sites consultados:

The London Maritime Arbitrators Association. Disponível em: <http://www.lmaa.org.uk/>. Acesso 26.01.2019.

Chambre Arbitrale Maritime Paris. Disponível em: <http://www.arbitrage-maritime.org/fr/1_generalites.php?page=docum.> Acesso 26.01.2019.

THE MARITIME ARBITRATION ASSOCIATION OF THE UNITED STATES (MAA). Disponível em: <http://www.maritimearbitration.com/>. Acesso 26.01.2019.

The Federal Maritime Commission. Disponível em: <http://www.fmc.gov/about/about_fmc.aspx>. Acesso 26.01.2019.

Câmara Arbitral Marítima do Rio de Janeiro – CAMRJ. Disponível em: <http://www.camrj.org/>. Acesso 26.01.2019.

Bem jurídico e guerra às drogas: inadequação dogmática do proibicionismo

Legal goods and war on drugs: dogmatic inadequation of prohibition

André Luis Pontarolli[52]
Uninter

Sumário: 1. Introdução. 2. Inadequação Dogmática do Proibicionismo. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1. Introdução

A dogmática jurídico-penal não pode ser concebida como mero conjunto normativo de instrumentalização da punição, mas sim enquanto aparato de limitação do poder punitivo estatal, através da preservação de garantias e do respeito aos direitos fundamentais.

Neste sentido, Mário Ramidoff[53] afirma que "*o direito funciona como regra básica do jogo social, o que por si só demanda responsabilidade ética para a formação e manutenção de um poder diferenciado estruturante, que, entretanto, não deixa de ser também dominante*". Neste contexto, o "*saber jurídico*" é importante instrumento de outorga de poder social cujo sentido profundo deve ser a tarefa de se postar sempre "*a serviço da emancipação humana, enquanto condição basilar da dignidade da pessoa humana*".

Ainda de acordo com Ramidoff[54], "*o poder para ser aceito não opera sem que esteja legitimado*". Por esta perspectiva, destacam-se os limites impostos constitucionalmente na efetivação da dignidade da pessoa humana.

As proposições dogmáticas podem funcionar como limites ao sistema penal e ao proibicionismo, notadamente quando se busca compreender a dimensão material protetiva de bem jurídico e/ou se coloca em evidência os princípios de efetivação de um direito penal garantista.

---

[52] O Autor é Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional de Curitiba (UNINTER/PR-Brasil); Professor de Direito Penal do Centro Universitário UNIOPET/PR-Brasil; Advogado criminal. E-mail: andre_pontarolli@hotmail.com.

[53] RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente*: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar [Tese de Doutorado]. Curitiba: UFPR, 2007. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12287/TeseMario_Ramidoff.pdf?sequence=1>. Acesso em 07.07.2018. p. 43.

[54] RAMIDOFF, 2007. p. 43.

A existência de parâmetros dogmáticos – direcionados à preservação de direitos fundamentais –, limitativos do *jus puniendi*, constitui ferramenta para a evitação do arbítrio e redução da seletividade operada pelo sistema penal. Tanto as escolhas da criminalização primária quanto a incidência da criminalização secundária devem ser confrontadas com estes parâmetros, a fim se verificar a adequação (ou não) da atuação estatal.

De acordo com Antonio Escohotado[55], a guerra às drogas é inconciliável com o direito contemporâneo e com a estrutura constitucional, pois, entre outras coisas, "*requiere intervención del ejército en areas civiles, presunción de culpa en vez de inocencia, validez para mecanismos de inducción al delito, suspensión de la inviolabilidad del domicilio sin orden de registro*"[56].

Para os fins específicos da vertente pesquisa, o que se pretende investigar é se o proibicionismo guarda adequação (ou não) à dogmática jurídico-penal de cunho constitucional e garantista, centrada na tutela efetiva e fragmentária de bens jurídicos.

2. Inadequação dogmática do proibicionismo

Importante questão a ser proposta sobre o direito penal é a de saber se ele possui uma função. A criminologia crítica afirma que esta função é a de exercer controle social. No campo dogmático, as teorias contemporâneas do "*bem jurídico*" sustentam que a função é a de tutelar os bens jurídicos relevantes ao exercício da vida digna em sociedade. O que se percebe, portanto, é que há tensão dialética nas respostas, as quais variam a depender das percepções sobre funções "*declaradas*" e "*obscuras*".

A estruturação conceitual do direito penal não é tarefa simples, muito menos pacífica. O direito penal, observado sob viés crítico, normalmente é apontado como instrumento de controle social. Conceituar ou compreender a função/missão do direito penal é, portanto, uma questão de perspectiva.

Tanto é assim que Nilo Batista[57] aponta a existência de uma espécie de "*missão secreta*" do direito penal. Batista afirma que "*efeitos sociais não declarados da pena (estigmatização, controle do exército industrial de reserva, criação de bodes expiatórios, retroalimentação de autoritarismos etc) também configuram, nessas sociedades, uma espécie de missão secreta*".

O que se pretende aqui, não obstante, é a análise da (in)adequação do proibicionismo às funções "*declaradas*" do direito penal. Ou seja, é preciso saber o que quer o direito penal e, também, perquirir se a proibição está (ou não) de acordo com este querer.

---

[55] ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas.* 7. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 06.
[56] Tradução livre: "*requer intervenção do exército em espaços civis, presunção de culpa ao invés de inocência, validação para mecanismos de indução ao delito, suspensão da inviolabilidade de domicílio sem ordem judicial*"
[57] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 113.

Sobre a importância de se compreender o sentido exato do direito penal, relevante a lição de Zaffaroni[58]:

> O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do "ser" e refugiar-se ou isolar-se no "dever ser" porque para que esse "dever ser" seja um "ser que ainda não é" deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-a em um ser que jamais será, isto é, num embuste. Portanto, o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso: torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício do poder.

O direito penal – a se guiar pelo princípio da intervenção mínima e por perspectiva funcionalista teleológica – tem por função a tutela de bens jurídicos relevantes contra agressões perpetradas por terceiros.

Boa parte da doutrina (dogmática) contemporânea se vale da "*figura*" do bem jurídico relevante como elemento essencial para delimitar a amplitude da tutela penal. Enfim, o bem jurídico ou constitui fundamento penal, ou ao menos representa interessante barreira de limitação ao poder punitivo. Esta perspectiva limitativa do direito penal está de acordo com as proposições do "*garantismo*"[59] de Luigi Ferrajoli[60].

Luigi Ferrajoli afirma que a lesão a um bem jurídico[61] "*condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo*". Ainda de acordo com o Autor, deve haver separação axiológica entre direito e moral, sendo que "*a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições*"[62].

Claus Roxin[63], por sua vez, leciona no sentido de que as proibições estabelecidas no âmbito penal não se dão por escolha livre do legislador, de forma que não se justificam previsões repressivas para comportamentos meramente imorais ou indesejados (críticas políticas, uso de drogas, etc.). A previsão de tipos penais deve se ater a limites, os quais devem ser deduzidos das finalidades do direito penal. O referido Autor considera que o direito penal tem a finalidade de "*garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre homens,*

---

[58] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 19.

[59] Alguns criminólogos críticos e/ou pensadores abolicionistas são críticos do "garantismo", pois sustentam que ele funcionaria como instrumento de legitimação do direito penal, enquanto este não teria como ser legitimado.

[60] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

[61] Ferrajoli posiciona o bem jurídico enquanto essência do Direito Penal: "*sob este aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente da dos fins do direito penal: trata-se da essência mesma do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretende alcançar*". (*Ibidem*. p. 374)

[62] FERRAJOLI, 2002. p. 374.

[63] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et alii. Madrid: Civitas, 2003. p. 31-35.

na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas". Com base neste raciocínio, os limites penais ficam atrelados à característica de "*proteção subsidiária de bens jurídicos*"[64].

A doutrina brasileira também se utiliza do bem jurídico como importante referencial limitativo do poder punitivo estatal, conforme se depreende da lição de René Ariel Dotti[65]:

> A missão do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade. Incumbe-lhe, através de um conjunto de normas (incriminatórias, sancionatórias e de outra natureza), definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e a outros bens declarados e protegidos pela Constituição.

Em linha similar, Juarez Tavares[66] considera o bem jurídico como elemento essencial, limitador da estruturação normativa. De acordo com o Autor: "*o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo*". Desta forma, eventuais normas incriminadoras que não guardem relação com a proteção clara de determinado bem jurídico são inválidas. Existência e lesividade ao bem jurídico são, portanto, "*pressupostos indeclináveis do injusto penal*".

O bem jurídico pode ser compreendido, portanto, como importante elemento de delimitação conceitual do direito penal e, por consequência, de limitação do exercício do poder punitivo estatal, seja na criminalização primária ou na secundária.

Ainda que não se ignore as correntes penais contrárias, a exigência de risco ou lesão a bem jurídico é componente essencial da dogmática penal contemporânea. De acordo com Ávila e Carvalho[67]:

> Criminalizações sem bem jurídico significam, em verdade, mera tutela da própria vigência normativa, com independência de suas bases concretas (materiais ou imateriais) relacionadas à vida em sociedade. Por essa razão, uma das mais relevantes funções assinaladas à teoria do bem jurídico é precisamente desmascarar falsos bens jurídicos e, consequentemente, desnudar a desnecessidade da intervenção jurídica.

Com base nesta premissa é necessário questionar: qual bem jurídico está sob proteção através da criminalização do uso de drogas?

---

[64] *Ibidem*. p. 31-35.
[65] DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 85.
[66] TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* Rio de Janeiro: DelRey, 2002. p. 199.
[67] ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. *In*. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. *10 anos da lei de drogas:* aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 225.

A realização de tal questionamento é essencial, pois, a partir da resposta a ser encontrada, pode-se estabelecer importante reflexão sobre a adequação ou inadequação dogmática do proibicionismo.

Contudo, antes de se investigar as respostas possíveis, duas ponderações iniciais são pertinentes:

Em primeiro lugar: é preciso esclarecer que a proteção penal se refere a bem jurídico de terceiros e não do próprio sujeito que realiza a conduta. O direito penal não pune aquilo que a pessoa faz consigo própria; para exemplificar: são impuníveis a tentativa de suicídio e a autolesão. Neste contexto, o poder punitivo não pode se voltar contra as escolhas morais, religiosas ou políticas do indivíduo. Aquilo que o indivíduo faz consigo próprio, ainda que o prejudique, mas que não prejudique terceiros, não interessa ao direito penal. A conduta penalmente relevante é aquela que tem alteridade.

Em segundo lugar: o conceito de bem jurídico deve seguir delimitação estrita e não figurar como reflexo de meras construções linguísticas despidas de substrato material ou representativas de funções administrativas estatais. Aberturas conceituais generalizantes na definição de bens jurídicos podem resultar na criminalização de toda e qualquer conduta, o que afeta o sentido do uso do bem jurídico enquanto ferramenta de delimitação do poder punitivo. Expressões como "*segurança pública*", "*saúde pública*" e "*paz pública*" constituem fins sociais gerais (de promoção estatal) e não bens jurídicos precisos e delimitados.

De um lado, parcela da doutrina – e da jurisprudência – sustenta que o uso de drogas afeta o bem jurídico "*saúde pública*", mas, conforme a ponderação anterior, tal conceito não tem mínima delimitação material e, de forma erística, poderia ser utilizado para sustentar a reprovação penal de várias e várias condutas que na atualidade são permitidas. O uso do álcool é permitido e o alcoolismo, em tese, afeta a saúde pública. As pessoas podem se alimentar da forma que quiserem, mesmo que a obesidade represente uma das condições mais lesivas à saúde humana na atualidade. A proibição de tais comportamentos, contudo, não encontra – e não encontraria – respaldo social.

De outro lado, a doutrina crítica ao proibicionismo sustenta que o uso de drogas não afeta nenhum bem jurídico e, ainda que potencialmente prejudicial, o prejuízo é experimento pelo próprio indivíduo. Desta forma, o proibicionismo revelaria repressão meramente moral, despida de conteúdo jurídico, inadequada aos limites dogmático-penais. Neste sentido, relevante é a lição de Ávila e Carvalho[68]:

[68] ÁVILA; CARVALHO. *Op. cit.* p. 655.

> Nos delitos constantes da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), as criminalizações são vinculadas a um suposto bem jurídico, a saúde pública. Trata-se, porém, de um falso bem jurídico-penal. O recurso a bens jurídicos aparentes, de natureza coletiva, encobre uma antecipação indevida da atuação do Direito Penal e uma inadmissível ingerência na autonomia individual.

Não se ignora que o direito penal tem caminhado para a tutela de bens jurídicos supra-individuais. Mas, conforme sustentam Lopes e Pêcego[69], o consumo de drogas não é aflitivo a direito de conteúdo supra-individual; o que se tem, em verdade, é que o Estado quer exercer uma função regulatória administrativa que lhe incumbe (promoção da saúde pública) através do direito penal[70].

O fato de que o Estado deve realizar a promoção da saúde pública não lhe confere legitimidade para se servir do direito penal na instrumentalização de tal função administrativa.

Outro aspecto merece aqui ser enfrentado. O debate político sobre a questão das drogas inclui, entre as suas pautas, a tese do risco indireto, consistente na hipótese de que a pessoa sob a influência da droga possa agir de forma violenta e/ou criminosa. Por esta perspectiva, a repressão penal estaria protegendo, de forma indireta, variados bens jurídicos. Tal argumento não tem adequação dogmática, pois o exercício repressivo atingiria o indivíduo não pelo seu comportamento criminoso, mas sim por uma hipótese de concretização incerta; a punição recairia sobre o indivíduo por sua condição pessoal, em verdadeira retomada de um direito penal de autor.

3. Considerações finais

Pela perspectiva dogmática, conclui-se que a proibição às drogas não encontra respaldo em uma dogmática juríd

ico-penal de base constitucional, voltada à efetivação da dignidade humana. As proposições dogmáticas podem funcionar como limites ao sistema penal e ao proibicionismo, notadamente quando se busca compreender a dimensão material protetiva de bem jurídico e/ou se coloca em evidência os princípios de efetivação de um direito penal garantista.

---

[69] LOPES, Luciano Santos; PÊCEGO, Antonio J. de F. A inconstitucionalidade da criminalização da posse para uso de entorpecentes: a questão do bem jurídico protegido. *In*. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. *10 anos da lei de drogas:* aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 476.

[70] "*Trata-se de constatar que não há bem jurídico a ser protegido. Há efetivamente uma ordem estatal (através da proibição típica) de respeito (e, portanto, de auxílio) a uma função regulatória sua (Estado): apresentar políticas públicas de promoção e preservação de saúde dos indivíduos. E, evidentemente, a questão das drogas se encaixa nessa função administrativa. Tal como as políticas destinadas ao consumo do tabaco e da bebida alcóolica, o consumo de drogas também deve ser compreendido pelo Estado nesse viés de saúde. Trata-se, pois, de uma questão de política pública de saúde. Mas, definitivamente, não é tema para o Direito Penal. Não há bem jurídico a sr protegido no uso de drogas. Trata-se apenas de uma proteção da destacada função administrativa estatal*". (*Ibidem*. p. 486)

A existência de parâmetros dogmáticos – direcionados à preservação de direitos fundamentais –, limitativos do *jus puniendi*, constitui ferramenta para a evitação do arbítrio e redução da seletividade operada pelo sistema penal. Tanto as escolhas da criminalização primária quanto a incidência da criminalização secundária devem ser confrontadas com estes parâmetros, a fim se verificar a adequação (ou não) da atuação estatal.

O uso de drogas não afeta bem jurídico e, ainda que potencialmente prejudicial, o prejuízo é experimento pelo próprio indivíduo. Desta forma, o proibicionismo revela repressão meramente moral, despida de conteúdo jurídico, inadequada aos limites dogmático-penais.

4. Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. *In*. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. *10 anos da lei de drogas:* aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal:* parte geral. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 85.

ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas.* 7. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, Luciano Santos; PÊCEGO, Antonio J. de F. A inconstitucionalidade da criminalização da posse para uso de entorpecentes: a questão do bem jurídico protegido. *In*. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. *10 anos da lei de drogas:* aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente:* por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar [Tese de Doutorado]. Curitiba: UFPR, 2007. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12287/Tese-Mario_ Ramidoff.pdf?sequence=1>. Acesso em 07.07.2018.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et alii. Madrid: Civitas, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* Rio de Janeiro: DelRey, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl**.** *Em Busca das Penas Perdidas.* Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ODS 8 e o princípio da proteção no direito constitucional do trabalho

ODS 8 and the protection principle in the constitutional law of labor

Fernando Augusto Melo Colussi[71]
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Sumário: 1. Introdução. 2. Funções dos princípios. 3. Princípios constitucionais fundamentais. 4. O princípio da proteção no Direito do trabalho. 5. O Direito constitucional do trabalho. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

A Organização das Nações Unidas (ONU), por ocasião da Cúpula das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (no ano de 2015), elaborou uma agenda mundial a ser adotada pelos países dela participantes. À esta agenda, norteada por 17 objetivos (compostos por 169 metas) a serem alcançados até 2030, foi dado o nome de "Objetivos de Desenvolvimento Sustentável" ou, como se passou a designar, "ODS".

Dentre os ODS, há o 8, que versa sobre o trabalho decente e o crescimento econômico, dentro do qual consta a meta 8.8, que é a de, dentre outras, proteger os direitos trabalhistas.

Nessa toada, faz-se mister, portanto, debater sobre o princípio maior do Direito do Trabalho, que é o da proteção, bem como trazer pontos sobre a faceta constitucional da ciência juslaboralista.

Para tanto, inicialmente é discorrido sobre a função dos princípios no Direito, para que, em seguida, se abordem os princípios constitucionais. Logo após, são tecidos comentários acerca do princípio da proteção no Direito do Trabalho para, ao final, demonstrar dos aspectos constitucionais sobre aquela seara.

[71] Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Fundação Ministério Público, FMP. Advogado.

2. Funções dos princípios

É consabido e pacífico na doutrina que os princípios são as preposições básicas que fundamentam as ciências, objetivando as informar e orientá-las. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas.

Os princípios, portanto, exercem um papel informativo, no sentido de esclarecer o Direito – ou seja, ao mesmo tempo em que são dele oriundos, a ele se reportam, de modo a informá-lo, e delimitá-lo. Os princípios informam o Direito, pois dão base a ele e possibilitam a criação de normas que os observem, mas o delimitam, com vistas a garantir sua aplicação em conformidade com o interesse social.

Não se pode confundir, entretanto, princípios e peculiaridades. Enquanto princípios orientam o Direito, peculiaridades são características inerentes apenas à determinado ramo do Direito (dissídios coletivos ao Direito do Trabalho, por exemplo). Ou seja, princípios são gerais e são a regra, ao passo que peculiaridades, restritas e excepcionais.

Para a doutrina majoritária, são três as funções dos princípios, quais sejam, informativa, interpretativa e normativa. A função informativa é atinente à fase pré-legislativa, ou seja, são os princípios que devem orientar o legislador quando da confecção de novas leis, para que elas não entrem em conflito com princípios vigentes. Já para a função interpretativa, voltada ao operador do Direito, os princípios deverão orientar a interpretação da norma, se prestando à compreensão dos significados e sentidos das normas. Por fim, a função normativa, também voltada para o operador do Direito, é perceptível quando houver conflito entre duas normas, ocasião em que a mais favorável deverá ser acolhida[72].

3. Princípios Constitucionais Fundamentais

São princípios gerais constitucionais:

a) Princípio da igualdade (ou isonomia): Previsto no *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal, "todos são iguais perante a lei.". Na esfera processual, ambas as partes possuem os mesmos direitos e obrigações (por exemplo, direito de recorrer da sentença que lhe for desfavorável; dever/ônus da prova, etc.).

Contudo, deve ser observada a condição das partes, de modo a tratar de forma igual os iguais, e desigual os desiguais – se tratados de forma igual os desiguais, haverá flagrada desigualdade. Para Alexandre de Morais, o que se busca coibir são discriminações

[72] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

arrazoáveis, já que "o tratamento desigual dos casos desiguais na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça".[73]

Assinala-se, portanto, que a isonomia entre partes desiguais se dá pelo tratamento desigual entre elas, de modo a viabilizar o ingresso em juízo (e a participação ativa no feito) daquela que não possui meios suficientes para tanto – igualando-as. Isto pode ser verificado, por exemplo, ao conceder a assistência judiciária gratuita à parte que é pobre na acepção jurídica do termo[74].

b) Princípio do contraditório e da ampla defesa: Estabelecido no artigo 5.º, inciso LV, CF, assegurando o contraditório e a ampla defesa. Como visto acima, as partes possuem direitos e obrigações iguais no processo, de modo que o princípio do contraditório é bilateral (aplica-se a ambas as partes). Este princípio auxilia, inclusive, na percepção de quem é parte do processo, definindo-a como aquela que atua, de forma efetiva, no contraditório da lide[75].

Novamente, nos termos de Alexandre de Morais:

> a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor[76].

Já o princípio da ampla defesa, por alguns entendido como uma extensão do princípio do contraditório, é direcionado ao réu (não possui, logo, caráter bilateral; exceto em casos de reconvenção), proporcionando-lhe condições para esclarecer o que, para ele, é a verdade. A própria omissão ou silêncio em juízo são formas de defesa que o réu pode se valer.

c) Princípio da motivação das decisões: As decisões emanadas do juiz deverão ser justificadas (artigo 93, inciso IX, CF: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Público serão públicos e fundamentados, sob pena de nulidade..."). Assim, busca-se evitar a arbitrariedade. Na prolação da sentença, não basta que o juiz refira a sua decisão, ele deve indicar os motivos que o levaram a decidir daquela forma, sob pena de ser declarada nula a sentença[77].

d) Princípio do devido processo legal: Ou "*due process of law*", previsto no artigo 5.º, inciso LIV, CF ("ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo

[73] MORAES, Alexandre de. Op. cit.
[74] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: FORENSE; São Paulo: MÉTODO, 2011.
[75] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho.* 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.
[76] Ibidem.
[77] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit.

legal"). Aqui, se busca vedar os tribunais de exceção (esta vedação, contudo, está subsidiada também pelo princípio do juiz natural, previsto nos incisos XXXVII e LIII: ao tempo da demanda, a lei já deve atribuir um órgão do Poder Judiciário a jurisdição e a competência para resolver este conflito).

e) Princípio do duplo grau de jurisdição: Via de regra, diz respeito à possibilidade da parte em recorrer a uma instância superior quando a decisão atacada lhe for desfavorável. Quanto ao amparo legal, existem duas correntes contrapostas sobre o assunto. Parte da doutrina entende que este princípio é constitucional, apontando o artigo 5.º, inciso LV, CF ("aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"). A corrente oposta, a seu turno, afirma que este princípio se trata de uma regra de organização judiciária.

f) Princípio da inafastabilidade da jurisdição: Previsto no artigo 5.º, inciso XXXV, CF, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito". Também é conhecido como "direito de ação, "princípio do livre acesso ao Judiciário" ou, conforme Pontes de Miranda, "princípio da ubiquidade da Justiça". Pedro Lenza defende que é indiferente a natureza do direito lesado ou ameaçado – seja privado, público ou transindividual –, de modo que, independentemente do caso concreto, sua proteção está garantida expressa e categoricamente na Carta Magna[78].

Por derradeiro, cumpre destacar que existem princípios constitucionais que não possuem previsão expressa – ao menos, na condição de direito fundamental como os até aqui expostos –, como o princípio da sustentabilidade[79], que não apenas possui extrema consonância com os ODSs mas, acima disto, se revela um meio instrumentalizador dos objetivos delineados pela ONU.

4. O princípio da proteção no direito do trabalho

Também conhecido como "princípio tutelar", é basilar do Direito do Trabalho. É, de certo modo, complementador do princípio da igualdade, pois visa colocar os litigantes no mesmo patamar, visto que o demandante normalmente é o empregado (que é o elo mais frágil da relação de emprego).

Este princípio busca amenizar a diferença econômica entre os litigantes (o reclamado, que comumente é o empregador, detém maior poder econômico)[80]. Ele pode ser

[78] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
[79] FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
[80] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

verificado na gratuidade da justiça (que, de regra, é concedida apenas ao empregado, conforme artigo 790, §§ 1.º e 3.º, CLT[81]), nos casos de depósito recursal (exigido apenas do empregador, quando este for o recorrente, conforme artigo 899, § 4.º, CLT[82]), e em relação ao comparecimento em audiência (artigo 844, CLT[83]: se o autor – normalmente o empregado – se ausentar, a ação será arquivada e fará apenas coisa julgada formal; ao passo que a ausência do demandado – normalmente o empregador – acarreta em revelia e confissão quanto a matéria de fato.

Logo, se a proteção é o principal (ou, como defende parte da doutrina, único) princípio de Direito do Trabalho, ela deve inspirar e justificar a aplicação das normas trabalhistas aos casos concretos. A proteção aqui referida é ao trabalhador. A relação de capital e trabalho se faz em razão da incompatibilidade entre ambos – necessariamente será uma condição de conflito –, logo, invariavelmente, não há colaboração entre empregador e empregado: este sempre será o elo mais frágil da relação de trabalho, pois não tem condições de negociar o contrato de trabalho com a mesma força que o empregador[84]. O objeto do contrato de trabalho é a força do trabalho, é a "mercadoria" a ser trocada. Assim, o que diferencia o Direito do Trabalho de todos os outros ramos é o fato de que, aqui, a troca é feita com o sujeito indo junto com o objeto; o trabalhador não se separa do objeto do contrato, ele precisa se integrar com o conjunto do trabalho (ele se "entrega" trabalhando). Portanto, acaba sendo uma troca de bens desigual, pois a contraprestação ao tempo de vida é o dinheiro.

Inclusive, a aplicação do princípio da proteção quando da interpretação da norma jurídica pode ser visto nas mais variadas situações: seja pela condição mais benéfica – quando da eventual modificação das condições de trabalho no decorrer do contrato, haverá

---

[81] Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.
§ 1º Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas.
§ 3o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.
[82] Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.
§ 4º - O depósito de que trata o § 1º far-se-á na conta vinculada do empregado a que se refere o art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, aplicando-se-lhe os preceitos dessa Lei observado, quanto ao respectivo levantamento, o disposto no § 1º.
[83] Art. 844 – O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à material de fato.
[84] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit.

prevalência da condição mais benéfica –; da aplicação da norma mais favorável – o princípio da hierarquia dinâmica das fontes formais do Direito do Trabalho, se há mais de uma norma regulando a mesma hipótese do fato concreto, deve-se sempre aplicar a mais favorável –; ou do princípio do *in dubio pro operário* – na interpretação e aplicação da norma, em havendo dúvida da parte do Magistrado, o empregado deverá ser favorecido pela mas benéfica[85].

Outrossim, parece claro que, inobstante a discordância de parte da doutrina quanto ao tema, existem princípios em que se vislumbra, insofismavelmente, a decorrência – se não, ao menos a influência – do princípio da proteção. São eles:

a) Irrenunciabilidade: irrenunciabilidade de renúncia a direitos (art. 9.º, CLT: "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação"). Está vinculado ao caráter social do trabalho: em permitindo a renúncia de direitos indisponíveis, estar-se-á criando uma dissimetria nas relações de trabalho como um todo. O empregado não pode "ceder"[86].

b) Primazia da realidade: No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva). Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. Este princípio constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico[87].

c) Continuidade: O Direito do Trabalho busca manter o vínculo empregatício, de modo a integrar o trabalhador na estrutura da empresa – pressuposto para alcançar os fins juslaboralistas, de tornar o trabalhador um indivíduo incorporado ao mercado de trabalho – asseguradas suas garantias –, ao mesmo tempo em que isto o torna apto para exercer seu papel de cidadão. Para gerar um vínculo com a sociedade, para o ser humano se concretizar mantendo também o sistema capitalista, o contrato de trabalho foi feito para durar no tempo. Este princípio, contudo, resta excepcionado no ordenamento jurídico pátrio em

[85] DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit.
[86] Idem.
[87] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit.

determinadas hipóteses, como as de atividades empresariais transitórias e o contrato de experiência, por exemplo[88].

Doutra banda, quando o empregado resolve rescindir o contrato, é um direito que ele tem, pois o ordenamento veda o trabalho forçado. Empregador está mudando sua força de trabalho, por isso o aviso prévio deve ser proporcional ao tempo de serviço. A relação de emprego deve ser protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, conforme explicitado na CF (art. 7.º, I[89]). Inclusive, isto restou subentendido na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho[90].

5. O direito constitucional do trabalho

De acordo com José Felipe Ledur, no momento em que as normas trabalhistas foram positivadas no Brasil, em meados da década de 40 do século passado, o reconhecimento dos trabalhadores enquanto cidadãos foi de maior valia do que a própria confirmação de seus direitos políticos[91].O autor prossegue, pontuando que a Carta Magna se alinha com esse posicionamento, principalmente por alçar à categoria dos direitos fundamentais os direitos dos trabalhadores.

Com isso, tem-se que os empregados – autônomos ou não – não perdem sua condição de cidadãos e detentores de dignidade, razão pela qual deverão ser protegidos direitos ligados à sua personalidade, quando em conflito com os do empregador (e seu poder diretivo, em particular). Nesse viés, é mencionada a ocasião na qual há lesão aos direitos da personalidade diante de casos como assédio moral ou uso indevido de imagem, comuns nos casos de excesso do poder diretivo[92].

---

88 Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.
§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:
a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
b) de atividades empresariais de caráter transitório;
c) de contrato de experiência.

89 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

90 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

91 LEDUR, José Felipe. "A proteção como função jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalho". Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial/2010/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial,%20v%203,%20n%2005,%20p%2007-15,%202010.pdf>. Acesso em 18 nov. 2018.

92Idem. p. 11.

Como já referido alhures, o que o empregado cede, quando da relação te trabalho, é sua vida, ao passo que a contraprestação por ele recebida é de cunho pecuniário. Logo, resta escancarada a desproporção nas relações de trabalho. Deste modo, é de suma importância que sejam criadas novas formas – positivadas – de proteção ao trabalhador, ao passo que as já existentes continuem a ser ferrenhamente defendidas e cumpridas. Horácio de Senna Pires defende até uma tese de que há um "débito legislativo", no que tange à regulamentação de normas constitucionais, tais como as atinentes à despedida arbitrária, à proteção de certos riscos inerentes à atividade, e ausência de medidas realmente efetivas de combate à condições degradantes de trabalho (sejam elas psíquica ou fisicamente prejudiciais)[93].

Todavia, em que pese o aludido "débito", há de se pontuar que as normas protetivas que orientam a ciência trabalhista possuem amparo não apenas nas normas da Carta Magna e legislação infraconstitucional, uma vez que o julgador possui à disposição todo o ordenamento jurídico do qual o Direito do Trabalho faz parte, lançando mão, assim, da interpretação jurídica sistemática[94] (ou seja, a interpretação da norma não considerada por si só, mas como parte de todo um sistema jurídico como ferramenta, inclusive, de dar eficácia e significado à Constituição[95]).

6. Conclusão

Considerando o até aqui exposto, já se faz possível tecer breves considerações acerca da ODS 8 e o princípio da proteção no Direito do Trabalho, bem como seu aspecto constitucional.

Para tanto, foi pontuado sobre a função dos princípios no Direito e, então, tecidos comentários acerca dos princípios constitucionais e trabalhistas, em especial, o princípio da proteção. Após, foram demonstrados os aspectos constitucionais sobre aquela seara. Por derradeiro, conclui-se que, mesmo existindo muito a se aprimorar no que diz respeito à proteção do trabalhador, no momento em que seus direitos foram alçados à Constituição, pelo art. 7.º, percebe-se claramente a importância dada a eles.

Assim, demonstra-se que a defesa de seus direitos não é importante tão somente aos trabalhadores, mas sim à sociedade como um todo, afinal, é nela que são refletidos os

[93] PIRES, Horácio de Senna. Direito do trabalho: a atualidade do princípio da proteção. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25352/010_pires.pdf?sequence=1>. Acesso em 18 nov. 2018.
[94] FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito.* 5 ed. São Paulo: Malheiros. 2010.
[95] FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. *Revista da Faculdade de Direito UFPR,* v. 34, 2000.

efeitos de sua efetividade. Inclusive, sua promoção se revela de primordial relevância ao cumprimento do ODS 8, em especial à parte inicial da meta 8.8, que busca a proteção dos direitos trabalhistas.

7. Referências

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 34, 2000.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEDUR, José Felipe. *A proteção como função jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalho.* Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial/2010/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial,%20v%203,%20n%2005,%20p%2007-15,%202010.pdf>. Acesso em 18 nov. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho.* 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: FORENSE; São Paulo: MÉTODO, 2011.

ONU. *O que são os ODS?*. Disponível em: <http://www.estrategiaods.org.br/o-que-sao-os-ods/>. Acesso em 08 nov. 2018.

ONU. *ODS 8*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods8/>. Acesso em 08 nov. 2018.

PIRES, Horácio de Senna. *Direito do trabalho: a atualidade do princípio da proteção.* Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25352/010_pires.pdf?sequence=1>. Acesso em 18 nov. 2018.

Análise do objetivo de desenvolvimento sustentável 10: o direito à educação como instrumento de redução das desigualdades sociais

Analysis of the sustainable development goal 10: the right to education as an instrument for the reduction of social rights

Lucas Girardello Faccio[96]
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Sumário: Introdução. 2. O direito de acesso à educação e a constituição federal de 1988. 3. Os objetivos de desenvolvimento sustentável – redução das desigualdades. 3.1 o contexto brasileiro e a educação como instrumento viabilizador da ODS 10. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho trata da análise do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) número 10 (dez), presente na Agente 2030 aprovada no ano de 2015 pela Organização das Nações Unidas (ONU) e a sua relação com o direito à educação. O referido objetivo consiste na redução das desigualdades dentro dos países e entre eles.

Ao lado da análise da ODS 10, faz-se um breve estudo acerca do direito à educação no Brasil. Apresenta-se dados recentes acerca da desigualdade no país, bem como os principais dispositivos constitucionais que dispõem sobre o direito à educação.

O intuito desse estudo é relacionar o direito à educação, com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número 10. Demonstrando-se, com isso, que a educação pode ser considerada uma ferramenta fundamental na redução das desigualdades sociais.

Ademais, utiliza-se o método de procedimento de pesquisa monográfico, bem como o método de interpretação jurídica exegético, que possibilitará o auxílio de técnicas de interpretação típicas do direito (interpretação gramatical, lógica e histórica).

2. O direito de acesso à educação e a constituição federal de 1988

Quanto ao conteúdo da atual Constituição Federal, depreende-se da combinação dos seus arts. 6° e 205 o entendimento de que o direito à educação é um direito fundamental.

[96] Mestrando em direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduado em direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Advogado. Email: lucas.g.faccio@hotmail.com

A previsão de que a educação é um direito de todos fundamenta-se no princípio da universalidade. Tendo em vista que o próprio texto constitucional considera o acesso à educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, garantida a gratuidade da oferta para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria. Portanto, é direito público subjetivo e, além disso, reconhecido como plenamente eficaz, de aplicabilidade imediata, ou seja, exigível judicialmente, quando evidenciada omissão do Ente Público responsável.[97]

Nessa mesma linha, corrobora o ensinamento de Miguel Reale:

> Nas Constituições contemporâneas, ao invés de se disciplinar primeiro a organização do Estado, como antes se fazia, para depois serem estabelecidos os direitos e garantias individuais, começa-se pelo enunciado destes, o que demonstra que, no direito atual, os poderes do Estado são estatuídos em função dos imperativos da sociedade civil, isto é, em razão dos indivíduos e dos grupos naturais que compõem a comunidade. Por outras palavras, o social prevalece sobre o estatal. Esta é a orientação seguida pela Constituição de 1988.[98]

O direito à educação, na Constituição Federal, está previsto como direito social no rol do artigo 6°, e tratado com mais profundidade nos artigos 205 a 214. Apenas para fins introdutórios, far-se-á uma breve abordagem sobre os artigos considerados principais dentre os referidos acima.

A respeito do art. 6°[99] da Constituição Federal, nele encontram-se diversos direitos sociais, que são trabalhados ao longo da Carta Magna, garantidos como verdadeiros direitos fundamentais. Em que pese já existir a previsão de alguns direitos sociais nas Constituições anteriores, apenas na de 1988 é que esses direitos passaram a ser reconhecidos como verdadeiros direitos fundamentais[100].

Sarlet destaca que:

> [...] os direitos sociais somente podem ser compreendidos de modo adequado a partir de uma análise conjunta e sistemática de todas as normas constitucionais que direta e indiretamente a eles se vinculem, bem como à luz, sempre, de toda a legislação infraconstitucional e da jurisprudência que os concretiza.[101]

É evidente que a concretização dos direitos sociais, no caso deste trabalho, o direito à educação, está diretamente relacionada com os objetivos fundamentais da República

---

[97] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 36. ed. rev., atl. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 315 – 316.
[98] REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2002. p. 342.
[99] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituicaocompilado.ht m>. Acesso em: 25 out. 2018.
[100] SARLET, Ingo W. Comentário ao artigo 6°. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F., _____; STRECK, Lenio L.; (Coords.). Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 534.
[101] Ibid., p. 534.

previstos no art. 3° da Constituição Federal, em especial com a redução das desigualdades sociais. A educação como direito de todos, nos termos do art. 205[102] da Constituição Federal, deve ser entendida como "o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como de valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual"[103].

A educação vai muito além do ensinamento recebido através de um professor, ela é crucial para a formação do indivíduo como pessoa. Mais do que isso, é uma condição imprescindível ao desenvolvimento natural.

Posto isso, Maliska elenca alguns elementos que compõem a educação, entendendo que a educação:

> (i) é um instrumento permanente de aperfeiçoamento humanístico da sociedade; (ii) promove a autonomia do indivíduo; (iii) promove a visão de mundo das pessoas, a forma como elas vão ver os acontecimentos na sua cidade, no seu país e no mundo. Ela deve ter a função de superadora das concepções de mundo marcadas pela intolerância, pelo preconceito, pela discriminação, pela análise não crítica dos acontecimentos; (iv) promove o sentimento de responsabilidade nas pessoas para com o mundo que vive, o sentimento de que o mundo que está a sua volta é um pouco resultado de suas próprias ações; (v) promove a consciência de que viver em uma república não implica apenas desfrutar direitos, mas também compreende responsabilidades cívicas e (vi) promove a consciência pelo valor dos direitos individuais e sociais.[104]

O art. 206[105] da Constituição Federal apresenta os princípios fundamentais que devem orientar o ensino no país. Entre os incisos que serão abordados, o primeiro merece destaque, pois trata da incidência do princípio da igualdade. A doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes sustenta que o "fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer

---

[102] Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /Constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

[103] MALISKA, Marcos Augusto. Comentário aos artigos 205 a 214. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.; (Coords.). Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1964.

[104] MALISKA, 2013, p. 1965.

[105] Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais"[106]. A esta concepção dá-se o nome de igualdade formal, com a ideia de que "todos são iguais perante a lei", conforme art.5º, *caput*, da Constituição Federal.

Há, ainda, a chamada igualdade em sentido material, que estabelece a necessidade de se tratar as pessoas conforme as suas desigualdades, a fim de proporcionar-lhes um estado real de igualdade. O italiano Paolo Caretti entende que as duas faces do princípio se limitam e completam[107].

Por conseguinte, defende-se que o acesso à educação, a continuidade na escola devem ser analisados levando-se em conta as diferentes condições da população. Nesse ponto, eleva-se o objetivo fundamental da redução das desigualdades, pois, através da atuação direta do Estado, proporciona-se a determinados grupos da sociedade (grupos menos favorecidos) o acesso a uma educação de qualidade e contínua.

Já no inciso quarto tem-se a discutida questão da gratuidade do ensino. Entende-se que a gratuidade pode se manifestar de duas formas. Numa primeira, em que há dispensa de qualquer despesa para se estudar em instituição de ensino mantida pelo Poder Público. Numa segunda, em que o Estado atue diretamente possibilitando ao sujeito condições para se manter estudando, como o auxílio por meio de bolsas[108].

O inciso quinto prevê a valorização do profissional da educação como um dos princípios fundamentais. Esse princípio foi introduzido pela Emenda Constitucional 53 de 2006 e surge com o intuito de destacar o prestígio da função de professor, pois, sem esse profissional, a sociedade como um todo não se desenvolve.

Em que pese o nobre objetivo do princípio, passados mais de dez anos da sua introdução no texto da Carta Magna, não é o que identificamos na prática. Os baixos salários pagos aos professores públicos, a falta de incentivo para a sua especialização são alguns dos exemplos da desvalorização presente na atualidade.

3. Os objetivos de desenvolvimento sustentável – redução das desigualdades

No ano 2000, a Organização das Nações Unidas estabeleceu oito objetivos, os chamados Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), que deveriam ser alcançados até o ano de 2015. Já em 2015, a ONU aprovou a chamada Agenda 2030, composta por

[106] MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 86.
[107] CARETTI, Paolo. I Diritti Fondamentali: libertà e diritti sociali. 2ª. ed. Torino: G.Giappichelli Editore. 2005. pg. 156.
[108] MALISKA, 2013.

dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que devem ser alcançados até o ano de 2030 a fim de proporcionar uma vida mais digna à população mundial[109].

Consta no documento oficial da Agenda 2030, mais especificamente em seu preâmbulo, que o foco é o bem das pessoas e do planeta, bem como a sua prosperidade[110]. Além dos 17 ODS há um total de 169 metas a serem cumpridas para a efetivação desses objetivos.

Como já fora referido, o objetivo abordado neste trabalho é o número dez, a redução das desigualdades dentro dos países e entre eles. Para ser alcançado, foram estabelecidas 10 metas, dentre as quais destaca-se:

> 10.1 Até 2030, progressivamente alcançar e sustentar o crescimento da renda dos 40% da população mais pobre a uma taxa maior que a média nacional; 10.2 Até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra; 10.3 Garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito.

As duas primeiras metas relacionam-se diretamente com o direito à educação. A promoção do crescimento da renda da população mais pobre, bem como da inclusão social, econômica e política de todo indivíduo, afastando-se qualquer tipo de diferenciação ou exclusão por conta da condição financeira, da cor da pele ou religião pregada, perpassa, indubitavelmente, por uma educação de qualidade.

Insta salientar que, no texto da atual Constituição Federal, a redução das desigualdades consiste em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme o art. 3°, inciso III[111]. Sobre o tema:

> A redução das desigualdades regionais é um imperativo que deve permear todas as políticas públicas propostas e executadas no Brasil. [...] é possível apontar para a inconstitucionalidade de políticas públicas que atentem contra os fins determinados na Constituição de 1988, que desconsiderem ou prejudiquem o desenvolvimento e a diminuição dos desequilíbrios regionais. Não se pode olvidar, no contexto de uma Teoria da Constituição com objetivos concretizadores, que a opção por um comando como o constante no art. 3°. diminui consideravelmente o espaço de liberdade de conformação do legislador ordinário e do poder executivo. O atendimento a esses fins sociais e econômicos

[109] Organização das Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em: 29 out. 2018.

[110]Organização das Nações Unidas. Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. p. 1, out. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads /2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

[111] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituic aocompilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

> é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante.[112]

Portanto, muito antes da Agenda 2030 proposta pela ONU, a Constituição brasileira já estabelecia entre seus objetivos a necessidade de reduzir as desigualdades sociais e regionais. O conteúdo desse dispositivo demonstra o caráter dirigente da Carta Magna. Além disso, exige-se a intervenção direta do Estado para se alcançar a efetivação desses objetivos, e, nesse ponto, destaca-se, novamente, a promoção de uma educação de qualidade disponível a todos.

3.1 O contexto brasileiro e a educação como instrumento viabilizador da ODS 10

Depreende-se de todo exposto até o momento, que a educação possui um papel central no combate às desigualdades sociais. No intuito de assegurá-la como direito:

> A Constituição Federal tem, como preocupação essencial, a tutela da dignidade da pessoa humana. Cabe à educação promover o respeito ao valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento da igualdade, da liberdade, da justiça e da paz social. Dar efetividade ao direito à educação significa garantir que todos, sem distinção, tenham assegurado o acesso ao ensino de qualidade, para a sua formação com valores éticos e o preparo para o exercício de uma vida digna, permitindo, em especial aos menos favorecidos, oportunidades de sair da pobreza e exercer a cidadania de forma plena.[113]

Visto isso, parte-se para uma análise de alguns dados fundamentais para a contextualização da situação da desigualdade social no país.

O primeiro dado a ser analisado trata da desigualdade de rendimento. A pesquisa considerou o rendimento médio de trabalhadores com 16 anos ou mais, em trabalhos formais ou informais, conforme o sexo e a cor ou raça.

No intervalo de 2012 a 2016, reduziu-se a diferença salarial entre homens e mulheres, sendo que em 2012 uma mulher recebia cerca de 73,3% (setenta e três vírgula três por cento) do que um homem, em 2016 alcançou o percentual de 76% (setenta e seis por cento). Todavia, no mesmo período, houve um aumento na diferença de rendimentos entre uma pessoa preta ou parda e uma pessoa branca. Em 2012, uma pessoa preta ou parda recebia em média 57,6% (cinquenta e sete vírgula seis por cento) do rendimento de uma pessoa

---

[112] STRECK, Lenio L.; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Comentário ao artigo 3°. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W.; _____; (Coords.). Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 149.

[113] CAMBI, Eduardo; ZANINELLI, Giovana. Direito fundamental à educação, exclusão social e cidadania. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. São Paulo, v. 9, n. 11066, p. 721 - 748, ago/2015. Acesso em: 25 out. 2018. Base de Dados RT Online.

branca, já em 2016 passou a receber em média 55,3% (cinquenta e cinco vírgula três por cento)[114].

Pode-se afirmar que a desigualdade no rendimento médio tem como uma de suas causas a diferença no nível de escolaridade da população brasileira. No ano de 2016 a taxa de analfabetismo era de 7,4% (sete vírgula quatro por cento) entre homens e 7% (sete por cento) entre as mulheres. Nesse mesmo período, essa taxa era de 4,2% (quatro vírgula dois por cento) entre a população branca e 9,9% (nove vírgula nove por cento) entre pretos ou pardos[115].

Houve redução de todas essas taxas com no ano de 2017[116], sendo, respectivamente, de 7,1% (sete vírgula um por cento), 6,8% (seis vírgula oito por cento), 4% (quatro por cento) e 9,3% (nove vírgula três por cento). Em que pese a diminuição constatada, esses dados não são animadores quando se pensa na proporção da população brasileira. Também é desanimador o percentual de pessoas com 25 anos ou mais sem qualquer nível de instrução, que em 2017 chegou a 7,2% (sete vírgula dois por cento). Nessa mesma faixa etária e período apenas 9,3% (nove vírgula três por cento) da população preta ou parda possuía ensino superior completo, enquanto o percentual alcançado pela população branca é de 22,9% (vinte e dois vírgula nove por cento).

Posto isso, é fundamental a adoção da Agenda 2030, com seus dezessete objetivos e cento e sessenta e nove metas, pelo país. O que já tem sido feito, pois através do Decreto n° 8.892 de 27 de outubro de 2016[117], foi criada a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que, entre as suas competências, cita-se a elaboração do plano de ação para a implementação da Agenda 2030.

4. Conclusão

A fim de permitir uma melhor compreensão sobre o tema, tratou-se dos principais dispositivos da Constituição Federal que dispõem sobre direito à educação. No intuito de contextualizar a situação da desigualdade social no país, apresentou-se dados referentes a pesquisas recentes feitas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Destaca-se a

[114] Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. p. 37, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459. pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.
[115] Coordenação de Trabalho e Rendimento. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: educação 2017. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. p. 1, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.
[116] Ibid., p. 2.
[117] BRASIL. Decreto n° 8.892 de 27 de outubro de 2016. Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016 /decreto/D8892.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

análise dos índices de desigualdade de rendimento entre homens e mulheres, entre pessoas brancas e pretas ou pardas. Entre os dados analisados, chama atenção a diferença entre o percentual de pessoas brancas que possuem ensino superior completo e o de pessoas pretas ou pardas, praticamente um terço menor.

Com isso, buscou-se demonstrar a importância do direito à educação como ferramenta de concretização do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número 10, ou seja, da redução das desigualdades. A implementação, pelo Brasil, dos objetivos e metas previstos na Agenda 2030, adotada em 2015 pela ONU, já começou, inclusive tendo sido criada comissão específica para esse fim.

Não obstante os dados até aqui apresentados indicarem uma forte desigualdade no acesso à educação no Brasil, nos últimos anos tem-se alcançado alguns resultados positivos no que diz respeito à redução das desigualdades sociais no país. Atinge-se o objetivo da pesquisa ao se demonstrar a relação entre o ODS 10 e o acesso à educação de qualidade como um instrumento fundamental à redução das desigualdades sociais no país.

5. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Disponível em: < http://www.plana lto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. Decreto n° 8.892 de 27 de outubro de 2016. Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016 /decreto/D8892.htm>. Acesso em: 29 out. 2018

_____. Lei 13.005 de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014 /Lei/L13005.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. Lei 13.146 de 6 de julho de 2015. Institui a Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei /l13146.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. Lei 10.260 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10260.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Lei 11.096 de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

CAMBI, Eduardo; ZANINELLI, Giovana. Direito fundamental à educação, exclusão social e cidadania. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 9, n. 11066, p. 721 - 748, ago/2015. Acesso em: 25 out. 2018. Base de Dados RT Online

CARETTI, Paolo. **I Diritti Fondamentali: libertà e diritti sociali**. 2ª. ed. Torino: G.Giappichelli Editore. 2005.

Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE. p. 37, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: educação 2017. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. p. 1, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

MALISKA, Marcos Augusto. Comentário aos artigos 205 a 214. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.; (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

_____. **Transformando nosso mundo**: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. p. 1, out. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads /2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

Organização das Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em: 29 out. 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2002.

SARLET, Ingo W. Comentário ao artigo 6°. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F., _____; STRECK, Lenio L.; (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev., atl. São Paulo: Malheiros. 2013.

STRECK, Lenio L.; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Comentário ao artigo 3°. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W.; _____; (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Prescrição da pretensão punitiva das medidas socioeducativas: uma forma de cômputo do prazo[118]

Prescription of the punitive claim of socio-educational measures: a form of deadline computation

Thaylize Rodrigues Orsi[119]
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve histórico. 3. O cálculo da prescrição fundamentado nas normas previstas no código penal. 4. O cálculo da prescrição fundamentado no estatuto da criança e do adolescente combinado com os prazos prescricionais do código penal. 5. A jurisprudência do superior tribunal de justiça. 6. A jurisprudência do supremo tribunal federal. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), consubstanciado na Lei 8.069/1990, trouxe diversos regramentos acerca da apuração dos atos infracionais e das medidas sancionatórias aplicadas aos adolescentes infratores, instituindo um verdadeiro sistema de responsabilização juvenil. Ocorre que, apesar da criação desse sistema de direitos, garantias e responsabilidades, o legislador quedou-se silente no que tange a aplicabilidade de importante instituto processual, qual seja, a prescrição da pretensão punitiva da medida socioeducativa estatal.

Durante muitos anos, doutrina e jurisprudência dividiram-se na teorização da aplicação de tal instituto aos atos infracionais praticados por adolescentes, até que, em maio de 2007, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 338, sedimentando entendimento de ser aplicável o instituto da prescrição às medidas socioeducativas previstas na legislação infanto-juvenil.

Decorre que, mesmo com a edição da referida súmula, a Corte Superior de Julgamentos não se manifestou a respeito dos critérios para o cálculo e aplicação do instituto

[118]O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao artigo apresentado no curso de pós-graduação na Faculdade do Ministério Público do Rio Grande do Sul, com algumas alterações, sob a orientação do Professor Mestre Afonso Armando Konzen

[119] Mestranda em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Faculdade do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Escrivã de Polícia na Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul.thaylize@hotmail.com

da prescrição, deixando nova lacuna para ser solvida pelos hermeneutas e aplicadores do direito.

Nessa seara, diversas teses foram criadas pela doutrina nacional, com a intenção de estabelecer um critério uniforme de contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva das medidas socioeducativa, ganhando destaque duas delas: a primeira preconizava o cálculo com base unicamente nas normas previstas no Código Penal; e a segunda, o cálculo com base nas normas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O objetivo deste artigo é tecer comentários aos principais argumentos de ambas as teses, aprofundar os fundamentos utilizados por seus defensores e exemplificar a forma de contagem do prazo prescricional em cada corrente, bem como apontar a solução que nos parece melhor aplicável ao tema.

2. Breve histórico

Com a edição da Lei 8.069/90, um novo sistema foi instituído e novas regras pertinentes às crianças e adolescentes foram impostas, estabelecendo-se um paradigma amparado na "teoria da proteção integral" onde crianças e adolescentes são tratados como verdadeiros sujeitos de direito, aos quais são garantidos direitos individuais de natureza civil, político, econômico, social e cultural.

Em seu corpo, além de definir direitos e garantias à população infanto-juvenil, o diploma legal impôs algumas medidas de proteção a crianças e adolescentes a partir do art. 98[120], que são aplicadas quando seus direitos forem ameaçados e, também, medidas de cunho educativo e sancionatório aplicáveis quando da eventual prática de ato em desconformidade com a lei.

Como é cediço, crianças e adolescentes são inimputáveis perante a lei penal; todavia, não ficam impunes pelas regras do ECA. Isso porque "ser inimputável tem significado diverso de ser irresponsável, não se podendo aceitar a confusão hoje reinante entre os conceitos".[121]

Nesta seara, importa destacar que o artigo 103 do ECA define o ato infracional como a conduta descrita como crime ou contravenção penal, diferindo deste em razão da sanção que lhe é cominada. Com efeito, aos autores de crimes e contravenção penal, a legislação repressiva prevê a cominação da pena de prisão ou multa; aos adolescentes autores

---

120 BRASIL. Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 27 set. 2015.

121 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. A prescrição da Pretensão Socioeducativa. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 22, p. 83, 2005.

de ato infracional, em que pese a tipificação advir da legislação penal, a cominação é de medidas socioeducativas. O ato infracional, portanto, é condicionado à idade do agente na data em que o praticou.[122]

O procedimento referente à apuração da prática do ato infracional e da aplicação de medida socioeducativa foram elaboradas com base nas "Regras de Beijing", ou as Regras Mínimas da ONU para Administração da Justiça da Infância e Juventude. Destaca-se a realização do processo em justiça especializada, representação por advogado e a presença dos pais durante o procedimento e com a finalidade de assegurar cuidado, proteção, educação e formação profissional institucional, caso haja aplicação de qualquer das medidas socioeducativas previstas no Estatuto[123].

Assim, como afirma o doutrinador Afonso Konzen:

> a consequência pela prática do ato infracional (excetuada o ato infracional praticado pela criança segundo a apropriação da Convenção pela legislação brasileira, em cumprimento do postulado de que deveria haver uma idade mínima antes da qual se presumiria que a pessoa não tem capacidade de infringir as leis penais) consiste, portanto, em uma consequência que se expressa em conteúdo concreto materializado em perda ou restrição de liberdade. A medida socioeducativa não tem, assim, segundo o entendimento assentado na Convenção, propriedade tutelar ou protetora. A doutrina jurídica, segundo a Convenção, que se explicita e se resume em uma formula geral, em um dizer em duas palavras (proteção integral), não consiste, ao contrário do que apregoava o idealismo menorista, em negar a possibilidade da responsabilização do autor de infração à lei penal, mas no instituir, como pacto entre as Nações, a obrigatoriedade da regulamentação da possibilidade de poder resistir à pretensão acusatória de que poderia resultar a aplicação de uma medida ou de resistir à injustiça da medida aplicada.[124]

Nessa quadra, um sistema de responsabilidade penal juvenil construído sob a ótica garantista e da teoria da proteção integral implica no reconhecimento, além das garantias específicas ao ramo da justiça infanto-juvenil, de todas as garantias previstas para os adultos autores de ilícitos penais, dentre os quais incluímos a garantia de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Reconhecendo o caráter retributivo das medidas socioeducativas, não se pode admitir que os adolescentes autores de ato infracional fiquem à mercê do Estado para que este, a qualquer tempo, aplique as medidas de responsabilização previstas no estatuto infanto-juvenil. Impõem-se, assim, o reconhecimento da aplicabilidade do instituto da prescrição ao microssistema de responsabilização juvenil.

---

[122]CHAVES, Antônio. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 466.
[123]CURY, Munir (Coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 493.
[124]KONZEN, Afonso Armando. Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26 e 27.

Após anos de dissenso doutrinário e jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo os passos inovadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que já havia explicitado o consenso da Corte sobre a matéria[125], sumulou a questão, deixando claro ser aplicável o instituto da prescrição às medidas socioeducativas.

Nesse sentido, em sua Súmula nº 338, sedimentou o entendimento da Corte e estabeleceu ser a prescrição penal aplicável às medidas socioeducativas[126].

Ocorre que, mesmo após sumulada tal questão, nova divergência surgiu no ordenamento jurídico, desta vez relativamente a forma de contagem dos prazos prescricionais. Isso porque os Ministros do Superior do Tribunal de Justiça não estabeleceram o critério de aplicação das regras de prescrição, quando da edição da Súmula nº 338.

3. O cálculo da prescrição fundamentado nas normas previstas no código penal

Analisando-se a doutrina sobre o tema, verifica-se que parte dela considera que a medida socioeducativa aplicada aos adolescentes infratores não possui prazo certo de duração previsto na lei, circunstância que dificulta o cálculo de prescrição.

Em razão disso, parcela da doutrina norteou seu entendimento no sentido de que a base de cálculo para os prazos prescricionais da pretensão punitiva seria a pena máxima em abstrato, cominada ao tipo incriminador análogo ao ato infracional.

É esse o posicionamento de Ney Fayet de Souza Junior, Marcela Fayet e Karina Brack, quando afirmam que "a medida socioeducativa não possui prazo certo de duração, dependendo sempre da discricionariedade do juízo menorista, que poderá reduzi-la ou ampliá-la no tempo, de acordo com o comportamento do menor e com a sua evolução".[127]

Dessa forma, conforme esta corrente doutrinária, quando estivermos diante de cálculo de prescrição da pretensão punitiva, esta deverá ser feita com base na pena máxima *in abstrato* fixada no crime análogo ao ato infracional.

---

[125]RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sessão do 4º Grupo Cível. Súmula nº 32. Aplica-se aos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente o instituto da prescrição, consoante os prazos máximos das medidas socioeducativas cabíveis e os lapsos temporais previstos no art. 109 do Código Penal, sem o redutor decorrente da idade. Uniformização de Jurisprudência nº 70016676967, julgada em 15.09.2006. Publicação DJ nº 3446, de 29.09.2006, p.49. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica/> Acesso em: 27 set. 2015.

[126]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 338. A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=338&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 27 set. 2015.

[127]FAYET JUNIOR, Ney; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. Prescrição Penal:Temas Atuais e Controvertidos - Doutrina e Jurisprudência. vol. 01. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 87.

4. O cálculo da prescrição fundamentado no estatuto da criança e do adolescente combinado com os prazos prescricionais do código penal

Outra parcela da doutrina, por seu turno, defende que, para a incidência do instituto da prescrição aos atos infracionais, há de se fazer um diálogo entre os prazos prescricionais previstos no Código Penal e os prazos de cumprimento das medidas socioeducativas previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, esta parcela da doutrina entende que para o cômputo do prazo prescricional da pretensão punitiva estatal utiliza-se o máximo de prazo previsto para a medida de internação (03 anos), pois esta seria a mais severa das medidas possíveis a ser aplicada a um adolescente infrator.

Dessa forma, aplica-se o disposto no artigo 109, inciso IV, do Código Penal, somado ao disposto no artigo 115 deste mesmo Diploma Legal, em razão da menoridade.

Cabe apontar que se está diante de verdadeira combinação de leis para realização da contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva Estatal.

5. A jurisprudência do superior tribunal de justiça

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento de que para a aferição da prescrição da pretensão punitiva do Estado, das medidas socioeducativas deve-se considerar o período máximo de aplicação da internação, ou seja três anos, que, de acordo com o prazo estabelecido no Código Penal, tem lapso de 08 anos

Nas suas decisões, leva em consideração o máximo de pena *in abstrato* previsto para a mais severa das medidas socioeducativas, ou seja, três anos de internação. Aplicando, também, a redução disposta no artigo 115 do Código Penal. Assim, a prescrição das medidas socioeducativas, para o Superior Tribunal de Justiça, opera-se no prazo de quatro anos.

Assim são as decisões:

> EMENTA. PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTERNAÇÃO SEM PRAZO DETERMINADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO REGULADO NO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRAZO PRESCRICIONAL REDUZIDO DA METADE. PRESCRIÇÃO NÃO IMPLEMENTADA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. I. O entendimento que prepondera nesta Corte é o de que a prescrição se aplica às medidas socioeducativas, através da aplicação subsidiária das regras do Código Penal para o cálculo do prazo prescricional. II. De acordo com uma interpretação sistemática da Lei n.º 8.069/90, deve-se considerar o prazo de 03 (três) anos, fixado no art. 121, § 3º, do referido diploma legal, que é o limite imposto pelo legislador para a permanência em medida sócio-educativa de internação. III. Verificado que o menor, à época da prática delitiva, contava com menos de 21 (vinte e um) anos de idade, o prazo prescricional de 8 anos (art. 109, IV, do CP) é reduzido de metade, isto é, para 4 anos (art. 115, do CP). IV. Hipótese em que não se vislumbra

> o transcurso do prazo de 4 (quatro) anos entre nenhuma das causas interruptivas da prescrição.[128]

Da leitura das decisões aqui transcritas, pode-se extrair que o Superior Tribunal de Justiça aplica como base o prazo prescricional de quatro anos para a pretensão punitiva das medidas socioeducativas. Porém, buscando evitar que o tratamento dado ao adolescente infrator seja mais gravoso do que aquele dado aos maiores, indicou ser viável a aplicação do prazo prescricional com base no Código Penal.

Assim, digamos que um menor tenha praticado ato infracional análogo ao delito de estupro[129], este com pena máxima prevista no Código Penal em dez anos. De acordo com o entendimento do STJ, este terá prazo prescricional da pretensão punitiva em quatro anos.

Todavia, se estivermos diante de um ato infracional de ameaça[130], onde a pena máxima em abstrato prevista no Código Penal é seis meses, o prazo prescricional de quatro anos torna-se mais gravoso do que o prazo previsto no artigo 109 do Código Penal.

Tomando como base a pena de seis meses, afirma o artigo 109 daquele Diploma Legal que a prescrição se operará em três anos, aplicando a redução prevista no artigo 115, o prazo prescricional será de um ano e seis meses.

Por este motivo, sendo o prazo mais favorável para o adolescente, o STJ utiliza este segundo critério como base para o cálculo da prescrição da pretensão punitiva estatal.

6. A jurisprudência do supremo tribunal federal

O Supremo Tribunal Federal, quando trata do cômputo do prazo prescricional das medidas socioeducativas, utiliza como base de cálculo a pena máxima em abstrato, prevista para o delito análogo ao ato infracional. Assim, se um adolescente infrator estiver respondendo pelo delito de homicídio simples, cuja pena máxima *in abstrato* é de vinte anos, terá neste prazo a base de cálculo do prazo prescricional do ato infracional

O entendimento acima deflui dos seguintes julgados:

> (...) 2. O instituto da prescrição não é incompatível com a natureza não-penal das medidas sócio-educativas. Jurisprudência pacífica no sentido da prescritibilidade das medidas de segurança, que também não têm natureza de pena, na estrita acepção do termo. 3. Os casos de imprescritibilidade devem ser, apenas, aqueles

[128]REsp 1187090 / RS. Ministro GILSON DIPP. data do julgamento: 12/04/2011. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br, Acesso em 13.07.2015.

[129]O art. 213 do Código Penal prevê: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos." BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 27 set. 2015.

[130]Por sua vez, o art. 147 do Código Penal estabelece que: "Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa." BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 27 set. 2015.

> expressamente previstos em lei. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece a imprescritibilidade das medidas sócio-educativas, devem elas se submeter à regra geral, como determina o art. 12 do Código Penal. 4. O transcurso do tempo, para um adolescente que está formando sua personalidade, produz efeitos muito mais profundos do que para pessoa já biologicamente madura, o que milita em favor da aplicabilidade do instituto da prescrição. 5. O parâmetro adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para o cálculo da prescrição foi o da pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal correspondente ao ato infracional praticado pelo adolescente, combinado com a regra do art. 115 do Código Penal, que reduz à metade o prazo prescricional quando o agente é menor de vinte e um anos à época dos fatos. 6. Referida solução é a que se mostra mais adequada, por respeitar os princípios da separação de poderes e da reserva legal. 7. A adoção de outros critérios, como a idade limite de dezoito ou vinte e um anos e/ou os prazos não cabais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para duração inicial das medidas, além de criar um tertium genus, conduz a diferenças de tratamento entre pessoas em situações idênticas (no caso da idade máxima) e a distorções incompatíveis com nosso ordenamento jurídico (no caso dos prazos iniciais das medidas), deixando de considerar a gravidade em si do fato praticado, tal como considerada pelo legislador (...).[131]

Diferente da teoria adotada pelo STJ, como já afirmamos anteriormente, o Supremo Tribunal Federal adota como base para o cálculo da prescrição, os parâmetros previstos no artigo 109 do Código Penal, isso independentemente da análise de ser mais ou menos gravoso ao adolescente praticante de ato infracional.

7. Considerações finais

A questão relativa a aplicação da prescrição da pretensão punitiva aos atos infracionais sempre foi objeto de controvérsia entre os intérpretes e aplicadores do Direito, mormente porque o Estatuto da Criança e do Adolescente não trouxe em as suas regras previsão expressa acerca da aplicação da prescrição. Tal discussão doutrinária restou superada em face da edição do verbete número 338 do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, também as decisões preferidas pelo STJ, ao não explicitarem a forma de cálculo dos prazos prescricionais, fizeram subsistir a lacuna legal e geraram dificuldades à aplicação, no plano concreto, do entendimento por eles sedimentado.

A doutrina e a jurisprudência pátrias têm trabalhado no sentido de sugerir formas de cálculo do prazo prescricional. Assim, O Supremo Tribunal Federal manifesta-se no sentido de que a base de cálculo há de ser o máximo da pena abstratamente prevista na Legislação Repressiva para o delito análogo ao ato infracional; o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, manifesta-se pela utilização do prazo máximo previsto no Estatuto da Criança

[131]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* (HC) nº 88788 – SP. Paciente: José Diego de Andrade Pereira. Impetrante: PGE – SP – Patrícia Helena Massa Arzabe. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa – Segunda Turma. Brasília, 22 de abril de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535849> Acesso em 27 set. 2015.

e Adolescente para a medida socioeducativa mais gravosa. A doutrina, por fim, apresenta diversas formulações para a melhor aplicação do instituto da prescrição sempre dialogando com os diplomas legais mencionados.

A solução encontrada pelo Excelso Pretório não nos parece a mais adequada, pois se consubstancia em analogia que funciona em prejuízo aos adolescentes autores de atos infracionais, possibilitando, em algumas hipóteses, sua responsabilização quando um adulto, em iguais condições, não mais o seria penalizado.

Assim, com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o adulto que cometer crime poderá não ser responsabilizado quando alcançado o prazo prescricional previsto em lei. Diferentemente, o adolescente infrator, em razão da doutrina da proteção integral, sempre seria responsabilizado sendo-lhe aplicada a medida socioeducativa.

Em que pese as questões apontadas pelo STF, entende-se que o Superior Tribunal de Justiça traz soluções mais favoráveis e justas ao adolescente infrator, pois adota regra fixa de contagem de prazo, qual seja, três anos de internação como máximo de pena aplicável.

Ainda, este mesmo Tribunal, flexibiliza esta regra, quando esta for prejudicial ao menor, adotando os prazos prescricionais penais, como forma de garantir os direitos do menor infrator.

Conclui-se, assim, em homenagem à teoria do precedente, que tem ganhado força em nosso ordenamento nas últimas reformas processuais, como forma de alcançar a uniformização da aplicação de um entendimento normativo, que deve prevalecer o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que não implicaria em tratamento mais rigoroso ao adolescente frente ao tratamento dispensado ao adulto em situações análogas, por se tratar de solução mais favorável e justa.

8. Referências

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. A prescrição da Pretensão Socioeducativa. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 22, 2005.

BORGES, Jardel Pia. **A prescrição e as medidas socioeducativas.** Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, 2005.

BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

BRASIL. **Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* (HC) nº 120875 – SP**. Impetrante: Leila Rocha Sponton – Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: D G F. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima – Quinta Turma. Brasília, 16 de junho de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* (HC) nº. 236.349 - SP**. Impetrante: Carolina Rangel Nogueira – Defensora Pública. Advogado: Carolina Rangel Nogueira – Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo. Paciente: P Da S F (Menor). Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. Brasília, 05 de março de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) nº 1187090 – RS**. Recorrente: J de O da S (Menor). Advogado: Nora Lavínia Campos Cruz – Defensora Pública e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilson Dipp – Quinta Turma. Brasília, 12 de abril de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* (HC) nº 88788 – SP**. Paciente: José Diego de Andrade Pereira. Impetrante: PGE – SP – Patrícia Helena Massa Arzabe. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa – Segunda Turma. Brasília, 22 de abril de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535849 > Acesso em 27 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* (HC) nº 96520**. Paciente: B B A. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia – Primeira Turma. Brasília, 24 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589371 > Acesso em 27 set. 2015.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FAYET JUNIOR, Ney; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição Penal**:Temas Atuais e Controvertidos - Doutrina e Jurisprudência. vol. 01. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Forense, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sessão do 4º Grupo Cível. **Súmula nº 32**. Uniformização de Jurisprudência nº 70016676967, julgada em 15.09.2006. Publicação DJ nº 3446, de 29.09.2006, p.49.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescentes em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Denival Francisco da. **Prescrição**: direito e garantia fundamental (art. 5o., XLII, CF) e porquanto, instituto que alcança toda forma de sanção imposta à pessoa humana, inclusive, e em especial, as medidas socioeducativas.

WEINGARTNER NETO, Jaime; TEIXEIRA, Daiana Pereira. **Entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal**: por uma negociação de fronteiras, navegando pela prescrição da medida socioeducativa.

As eleições presidenciais brasileiras de 2018 e a relação entre a tecnologia e democracia na América Latina

The brazilian presidential elections of 2018 and the relationship between technology and democracy in latin america

Raíssa Mendes Tomaz[132]
Universidade de Lisboa

Sumário: 1. A origem fenômeno da desinformação 2. A desinformação e as eleições de 2018 no Brasil 3. Alternativas na solução de conflitos relacionados a liberdade de expressão na internet 4. Considerações Finais 5. Referências.

1. O fenômeno da desinformação

O big data assumiu um valor de bém público, onde os usuários da rede experimentam uma experiência de corporificação dos seus "eus digitais" desenvolvendo uma cultura de autonomia.[133]As novas tecnologias, em conjunto com a globalização, fragilizaram o conceito estatal de soberania, dando origem a numerosos déficits democráticos, onde uma população sofre diretamente consequências de um governo que não elegeu[134].Esta nova configuração naturalmente implica em sociedades mais heterogêneas, e como consequência, sociedades mais dependentes da democracia[135].

A apatia política também atingiu os meios de comunicação em massa, devido a sua falta de participação democrática[136].A internet neste contexto, representa um canal de comunicação direta entre o eleitor e o poder político, sem intermediação[137] – uma vez dentro na rede somos todos comunicadores.Os movimentos sociais acontecidos na Tunísa, Islândia, nos países da Primavera árabe – em especial o Egito, além dos movimentos "Ocuppy"

[132] Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra. Investigadora associada do CIDP – Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Lisboa. E-mail: raissamendestomaz@gmail.com

[133]É um tipo de rede social que se diferencia de outras comunidades ou formas de associação, devido ao direito unilateral de abandoná-las que os seus usuários possuem. A vontade do indivíduo se constitui em seu volátil alicerce.(Baumann; Donskis, 2014,p.12)

[134]Canotilho, 2005, p.343-353.

[135]O sentimento de pertencimento de um cidadão a uma determinada nação foi debilitado, o que reduz a influência do Estado.

[136] As ideias de transparência e exatidão de informações pelo Estado derivam de pensadores clássicos como Kant. O indivíduo dependeria de informações claras e honestas para o uso público da sua própria razão. A publicidade e a transparência na esfera pública, segundo legado kantiano, se constituem em notas constitutivas da democracia (Kant, 2003, p.66).

[137] É o que se denomina de fenômeno da desintermediação (Lévy, 1993, p. 208).

demonstram nitidamente a função política que a comunidade em rede possui. São movimentos simultaneamente globais e locais, onde o espaço físico e virtual devem atuar em conjunto, de forma híbrida[138]. Tal característica proporciona ao indivíduo um sentimento departicipação mais intenso[139], e consequentemente mais democrático, já que ele mesmo, com base nos seus anseios e valores, será o responsável pela elaboração do conteúdo publicado.[140]

Desta forma, as plataformasadquirem uma importância na garantia da liberdade de expressão[141].O acesso a informação é um aspecto fundamental da vida democrática[142], onde a pluralidade de ideias, garantia de acessoe neutralidade da rede são essenciais para que o fluxo de informações da rede atenda à este princípiode igualdade de oportunidades[143].No entanto, na prática, essa ideia da internet como um novo conceito puro de uma livre "praça pública" não é real, visto que esta liberdade é apenas aparente – econtrolada por grandes empresas. O uso dos algoritmos como automatização de processos decisórios, deu origem a bolhas echo-chamber[144], criando um ambiente artificial que não nos coloca em contato com diferentes realidades.

As eleições americanas de 2016 e o caso BREXIT/Cambridge Analytica são exemplos claros de como as plataformas digitais podem ser um perigoso instrumento político, capaz de interferir diretamente em resultados eleitorais[145]. O discurso de ódio online

---

[138]Castells, 2013, p.138.

[139]A cibercultura ao mesmo tempo que mantém a universalidade dissolve a totalidade. Uma vez dentro da internet o emissor e receptor da informação alternam de posição. Esta troca simultânea de experiências e informações seria responsável pela construçãode um novo sentido. (Lévy, 1999, p.249).

[140] O indivíduo ao exercer a sua liberdade de expressão, se emancipa, passa a ser mais do que uma simples parte do todo social. Tal conceito clássico é mais intenso na comunidade em rede devido a autonomia que o usuário possui de personalizar diretamente o conteúdo publicado. (Tocqueville, 1998, p.56)

[141]Esta influência ainda é intensa, ainda que mais da metade da população mundial ainda não tenha acesso a internet. O Relatório da GMSA demonstra que 40% do mundo ainda não tem acesso a internet – as redes comunitárias se configuram em uma alternativa na inclusão desta parcela da população mundial segundo o relatório. Disponível em: https://giswatch.org/sites/default/files/giswatch18_web.pdf. Data de acesso:19.01.2019.

O Relatório da Acessibilidade de 2018 elaboradado pela A4AI afirma que 60% dos países no mundo tem uma internet com preços inacessíveis, além de que o número de novos usuários já experimenta uma desaceleração (12% em 2016 para 7% em 2017). Disponível em: https://a4ai.org/affordability-report/report/2018/. Data de acesso: 22/01/2019.

[142] A internet idealmente fornece de forma simultânea: acesso universal, comunicação não-coercitiva, liberdade de expressão, agenda irrestrita, participação fora das tradicionais instituições políticas, gerando uma opinião pública mediante autênticos processos de discussão (Buchstein, 1997, p. 251).

[143] É nessa troca de ideias que incide a dialética socrática, necessária ao desenvolvimento de qualquer grupo de indivíduos, em especial em questões políticas que resulta no progresso da sociedade (Platão, 2010,p.26).

[144]As bolhas de informação promovem a polarização política em detrimento da diversidade – e a diversidade por excelência é um dos pilares da democracia. Este cenário de polarização é o resultado de uma intensa defesa de ideais fomentada pelo aliada ao sentimento artificial de unanimidade promovido pelos algoritmos.

[145]O Estado ao não exercer de forma transparente a sua função de informar, acabou por impulsionar a internet a exercer este papel. Entretanto, as principais plataformas responsáveis pela viabilização deste direito, se encontram fortemente ligadas a fatores comerciais, aliando características do capitalismo coorporativo com elementos deste novo meio de comunicação.

e as fake news são produtos diretos do crescente fenômeno de desinformação. Obviamente as fake news não são em si um fato novo[146], as campanhas de desinformação sempre existiram.No entanto, é inegável que a internet garantiu uma nova moldagem e amplitude a esta prática[147], a proliferação das fake news decorre do empoderamento do usuário garantido pela internet, que agora também se considera capaz de ser fonte de informação. Por um outro lado, esta mesma autonomia também é responsável pela construção deum grave contexto de desordem informacional[148].

O impacto conjunto destes circunstâncias tem seu efeito potencializado em países em desenvolvimento. Estes países são especialmente mais vulneráveis a técnicas de perfilamento e fake news devido a precariedade da alfabetização midiática da sua população e dos serviços de fornecimento de internet em seu território[149].Este momento é crucial para a elaboração de medidas, que resgatem os valores universais e democráticos, intensamente representados pela internet ao longo dos anos.

2. O fenômeno da desinformação e as eleições de 2018 no Brasil

A vitória de Jair Bolsonaro nas eleições de 2018 foi o resultado de uma insatisfação ao modelo clássico de política brasileiro, dando voz a uma grande parcela da sociedade que não se sentia representada. O atual presidente brasileiro possui inúmeras declarações racistas, homofóbicas e misóginas – e ainda assim, venceu com relativa facilidade as últimas eleições. O que explicaria tal resultado?[150]

O papel da militância e do engajamento orgânico não foi substituído pela tecnologia, o exemplo campanha digital de Jair Bolsonato demonstrou uma estrutura muito mais difusa e complexa do que o modelo impulsionamento.As eleições presidenciais

[146]O homo sapiens é por si mesmo, uma pós verdade, cujo poder depende de criar ficções e acreditar nelas. Desde a idade da pedra os mitos eram utilizados para unir coletivos humanos – enquanto acreditamos nas mesma ficções, obedecemos as mesmas leis e cooperamos de forma mais efetiva. (Harari, 2018, p.290)

[147]O conceito atual de fake news segundo a Oxford Internet Institute admite diversos tipos de motivações, desde a pecuniária até a ideológica. Além disto, em sua maioria possuem um caratér temporário e adotam em sua maioria um modelo de maximização de lucros a curto prazo.Oxford Internet Institute. News and Political Information Consumption in Brazil. Disponível em: https://comprop.oii.ox.ac.uk/wpcontent/uploads/sites/93/2018/10/machado_et_al_por.pdf-. Data de acesso: 22.01.2019.

[148] O considerável aumento de notícias falsas está iniciando um processo de perda de confiança no meio digital, de forma semelhante como o que aconteceu com a mídia tradicional.

[149]No caso brasileiro, a situação ainda tem um agravante devido a enorme influência que a internet possui no país. De forma parelela, o Brasil também vem experimentando desde as eleições presidenciais de 2014, uma radicalização do seu debate político, indiretamente fomentada pelo um longo período de ausência de legislação nacional de proteção de dados.

[150]O afeto político por candidatos como Bolsonaro e Trump é justificado pela prática deste tipo de representante de simplificar as respostas à complexas questões políticas. Tratam-se de movimentos de extrema-direita que, atualmente com o auxílio das novas tecnologias de informação, acabam por infantilizar o eleitorado.

brasileiras de 2018 se tratam um autêntico case a sobre atual interação entre a internet e a democracia, onde a disseminação de notícias falsas foi feita essencialmente através de aplicativos de comunicação privada, como o Whatsapp[151].O fenômeno de disseminação de notícias falsas através do Whatsapp, segundo a Organização dos Estado Americanos, é um fenômeno sem precedentes no mundo[152].O discurso de ódio[153] foi claramente usado como marketing político - e teve êxito[154].

A ampla utilização de zero-rating no fornecimento de internet no Brasil, também pode ser considerada como um fator influenciador na disseminação de fake news porque provoca uma espécie de colonialismo digital[155] que vincula seus usuários ao uso de determinados aplicativos e serviços. O argumento das grandes empresas para este método é a afirmação de uma escassez com base no intenso trafégo da web, que na práticaé artificial[156], já que não existe justificativa técnica para a limitação de banda larga por tráfego. Além do fundamento técnico, esta prática ainda se demontrailegal, indo contra o art.7 do Marco Civilda Internet (Lei n. 12.965/14) que atesta que o uso da internet é essencial a cidadania e que uma possível desconexão só seria possível no caso da constatação de um indébito[157][158].

No Relatório da União Internacional de Telecomunicações, dos 190 países monitorados, cerca de 130 possuem internet ilimitada. Além disto o Relatório Open Signal demonstra que cerca de 68% dos brasileiros ainda precisam de wii-fii para estarem

---

[151]O sucesso no compartilhamento de fake news se explica pela natureza privada do aplicativo em questão, que não identifica a fonte da informação de compartilhamento de forma exata, diminuindo um possível constrangimento ao compartilhar conteúdos, além de inspirar uma razoável confiança dos usuários nas informações divulgadas pela sua rede de amigos e família.

[152] Afirmação proferida por Laura Chinchilla, ex-presidente da Costa Rica e chefe da missão da OEA no Brasil, no mês de outubro de 2018. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/25/fake-news-pelo-whatsapp-e-fenomeno-sem-precedentes-no-mundo-diz-oea.htm. Data de consulta: 20.01.2019.

[153] O discurso de ódio é um tema que perpassa o Direito e a Política, sendo um autêntico caso de interpenetração de sistemas. A vivência histórica de cada país e a sua ideologia política irá sempre influenciar diretamente na interpretação jurisprudencial sobre a legitimidade de discursos extremistas. (Cavalcante Filho, João Trindade, 2018, p.58)

[154]Na eleição presidencial de 2018 as despesas declaradas com impulsionamento online foram de 1,3% dos gastos totais em campanha, onde o candidato eleito foi o que menos investiu em propaganda, seja ela online ou offline. Dados fornecidos pelo Relatório Você na Mira, elaborado pelo Internet Lab. Disponível em: http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/11/Relatorio-Voce-Na-Mira-3-InternetLab.pdf. Data de acesso: 28.12.2018.

[155] Pinto, 2018, p.2.

[156] IDEC, Escassez Artificial: contestando a implementação de franquias na rede fixa. Disponível em: http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Livro-IDEC-Escassez-Artificial.pdf Data de acesso: 12.01.2019.

[157] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso: 04.01.2019

[158]Além da legislação nacional, tal disposição vai de encontro a princípios internacionais dos quais o Brasil faz parte, como é o caso da Organização dos Estados Americanos e o seu sistema de princípios sobre a Liberdade de Expressão. O princípio 5º consideracomo formas autênticas de violação da liberdade de expressão: a censura prévia e a criação de obstáculos ao livre fluxo de informação pelo Estado. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=26&lID=4 Acesso em: 12.01.2019

conectados[159]. Com base nestes dados, se percebe que o zero-rating não se constitui em um passo a universalização da internet no Brasil, mas um obstáculo, a existência de franquia dados estimula técnicas como esta porque pressupõem uma limitação, transformando uma medida que deveria ser paliativa em uma medida permanente[160]. Esta reunião de circunstâncias claramente impõe balizas ao debate digital, que fica concentrado em poucos atores empresariais,se constituindoem uma forma de deteriorização de direitos on-line[161].

Uma ação estatal no que diz respeito a educação midiática é necessária, no sentido de promover uma igualdade de oportunidades entre os cidadãos. Esta necessidade infelizmente não parece ser partilhada com os representantes políticos brasileiros. Os equivocados projetos de lei sob apreciação pelo o Congresso Nacional, evidenciam que os parlamentares encontram-se mais interessados em restringir o conteúdo online[162], como com a tipificação de novos crimes virtuais, do que elucidar os eleitores sobre a atual função política da internet[163]. O Comitê Gestor da Internet no Brasil (Cgi.Br)[164]assegura que a internet e seu uso devem observar a liberdade, os direitos humanos e privacidade na rede, não se admitindo filtragem política e anti-ética. Assim como a democracia em si mesma, a internet também precisa ser defendida, somente políticas globais podem atender a suas necessidades e impasses.

---

159 Disponível em :https://opensignal.com/reports/2017/01/brazil/state-of-the-mobile-network Acesso: 27.12.2018

160As cidades brasileiras que se encontram longe dos centros urbanos são especialmente mais vulneráveis a preços abusivos a técnicas de zero-rating devido à ausência de concorrência. Os usuários devem os responsáveis pelo pagamento de serviços, não as provedoras de aplicação, o indivíduo comum deveria ser livre na escolha de como utilizar os seus dados móveis.

161Felizmente diante tal situação, algumas medidas tem sido feitas por organizações brasileiras para combater este fenômeno desinformacional. Instituições como O Truco (https://apublica.org/checagem/)e Aos Fatos https://aosfatos.org/aos-fatos-e-noticia), têm trabalhado na tradução de guias sobre verificação de noticías, disponibilizando-os gratuitamente online. A instituição Lupa (http://lupa-rj.com.br/)também mantém diversas medidas voltadas para a alfabetização midiática, através do programa Lupa Educação. No entanto, dada as proporções continentais que o Brasil possui, estas ações possuem uma ação muito restrita.

162A razão do aumento do súbito interesse legislativo sobre a internet é compreensível, já que com a restrição de conteúdo o ato de governar se torna menos complexo – e possíveis escândalos de corrupção ou de outros crimes administrativos, teriam sua publicidade mais regionalmente restrita.

163 Esta pluralidade de projetos de lei preocupou os especialistas, dando origem ao projeto Coalização Direitos na Rede que acompanha de forma simultânea, todos os projetos de lei em andamento que digam respeito à internet. Entedemos que um documento elaborado de uma forma democrática e colaborativa como o Marco Civil, só possa ser alterado da mesma forma, com a participação multidisciplinar de profissionais, onde se estabeleça uma análise de risco destas mudanças. Mais informações em: https://direitosnarede.org.br/ Acesso: 10.01.2019.

164 Mais informações em: https://www.cgi.br/. Acesso em: 10.01.2019.

3. Alternativas na solução de conflitos relacionados a liberdade de expressão na internet

A internet por natureza obriga os sistemas jurídicos ao elaborar a sua regulação doméstica, a levar em consideração o que acontece para além de suas fronteiras.Mas quais seriam as soluções para estes problemas de disseminação de notícias falsas e discurso de ódio? O uso de legislações com medidas punitivas enérgicas comoé o caso daAlemanha[165] (NetDg)seriam suficientes?

Entendemos que as plataformas, no papel de empresas privadas, não devem ter a atribuição de decidir o que é ou não "verídico", porque isto abriria um poder praticamente irrestrito de manipular e censurar. O processo de verificação de fatos deve ser transparente, as plataformas como intermediárias devemapenas oferecer um ambiente neutro de discussão[166]. É essencial devido a grande variedade de serviços oferecidos na rede, que se elabore diferentes legislações para as várias funções exercidas, como por exemplo regras mais neutras para intermediários de infra-estrutura[167].

Os modelos de soft law são mais adequadosdevido a natureza de cooperação em rede que a internet possui, sem consenso não se consegue um acordo que vincule todos os seus interessados. A remoção automática de conteúdo possui consequências inviáveis, porque se trata de um duplo processo de restrição de liberdade e controle[168] Também entendemosque conceder tal atribuição ao Estado poderia facilmente se materializar em um instrumento de censura. Em governos autoritárioso efeito colateral destas medidas seria excessivo ao dissidentes[169]. O conteúdo indevido é produzido por humanos, então a resposta a este movimento também deve ser humana.Algoritmos são limitados quando se trata de exibir nuances, negociar compensações ou exercer a discrição necessária. Essa falta de

[165]Esta nova legislação impõe uma obrigação aos operadores de mídias sociais de analisar – e possivelmente deletar – comentários de conteúdo manifestamente ilegal no prazo de 24 horas, com multas previstas até 50 milhões de euros. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (doravante EnforcementAct – GNEA German Network). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/ Acesso: 15.12.2018.

[166]Leis restritivas como o modelo alemão também interferem diretamente empresas menores, sendo um claro obstáculo a inovação. As grandes empresas em alternativa a estes projetos de lei, poderiam cooperar em uma demonstração transparente da dificuldade técnica em cumprir os curtos prazos que lhe são atribuídos na remoção de conteúdo indevido.A oportunidade de revisão judicial e direito de resposta a decisões de retirada de conteúdo seria outra de esclarecer seus usuários sobre os seus termos de uso.

[167]Um exemplo de legislação neste sentido é a Honest Ads Act nos Estados Unidos que trata sobre anúncios. Disponivel em: https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1989 Acesso: 20.12.2018

[168]As indústrias de fake news é que devem ser penalizadas, não o próprio usuário. O aumento da restrição nas legislações que dizem respeito ao conteúdo indevido online ocasionam o chilling effect, impedindo o pleno exercício da liberdade de expressão.

[169]O bloqueio de acesso a internet no Zimbabue, em resposta a um protesto por aumento de combustíveis, é um claro exemplo de como o Estado pode fazer uso das novas tecnologias para promover repressões contra opositores. Disponível em: https://edition.cnn.com/2019/01/17/africa/internet-shutdown-zimbabwe-censorship-intl/index.html Data de acesso: 18.01.2019

flexibilidade esvazia completamente os direitos dos cidadãos de representação e participação significativas[170]. A diversidade entre as mídias combate a desinformação, o processo de alfabetização midiática passa por mais informação, não por menos.

4. Considerações finais

As eleições brasileiras de 2018 representam um autêntico modelo na América Latina, onde em uma fase pós-Cambridge Analytica, o mito da santidade dos dados foi quebrado. Nunca a aparente aura sobre a ingovernabilidade das tecnologias digitais esteve tão em evidência. Por outro lado, de forma simultânea, a rede continua a reunir todos os elementos de uma autêntica esfera pública democrática[171]. Conforme o que foi exposto, éimportante constatar que o bloqueio de sites e serviços na web viola os direitos humanos.A avaliação de risco antes de implementar legislações a respeito da internet sãoindispensáveis,o legislador sozinho não consegue cumprir essa função satisfatoriamente, devido a dependência técnica de outras áreas do conhecimento. Com base nisto, podemos nos indagar se atualmente existe para nós um direito implícito de co-criar a internet, no sentido de transformar os seus usuários e consumidores em cidadãos capacitados. A remoção automática de conteúdo em nada acrescentaria nesta tarefa, apenas iria garantir aos Estado mais poder para restringir o livre fluxo de ideias na rede, reduzindo o papel da internet como uma respeitável e democrática alternativa na captura da informação pelos cidadãos.

5. Referências

A4AI, Relatório da Acessibilidade de 2018. Disponível em: :https://a4ai.org/affordability-report/report/2018/. Data de acesso: 22.01.2019.

ALEMANHA, Lei de Execução na Rede de 01.01.2018 *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (EnforcementAct – GNEA German Network). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/ Acesso: 15.12.2018.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. Cegueira moral: A perda da sensibilidade na modernidade liquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014

BRASIL. Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (Marco Civil da Internet). Publicado no Diário Oficial da União em 24 de abril de 2018.

BUCHSTEIN, Hubertus. Bytes that Bite: The Internet and deliberative democracy. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-8675.00052. Acesso: 12.01.2019.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. O Estado no Direito Constitucional. Revista da História das Ideias**.** V.26, Coimbra: Instituto da História das Ideias, 2005, p.343-353.

[170]Gurumurthy; Barthur. 2017, p.55

[171] A internet idealmente fornece de forma simultânea: acesso universal, comunicação não-coercitiva, liberdade de expressão, agenda irrestrita, participação fora das tradicionais instituições políticas, gerando uma opinião pública mediante autênticos processos de discussão (Buchstein, 1997, p. 251).

CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: os movimentos sociais na era da internet. Trad: Carlos Alberto Medeiros. 1 Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira. 1 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

FAKE NEWS POR WHATSAPP É FENÔMENO SEM PRECEDENTES NO MUNDO, DIZ OEA. UOL. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/25/fake-news-pelo-whatsapp-e-fenomeno-sem-precedentes-no-mundo-diz-oea.htm. Data de consulta: 20.01.2019.

GURUMURTHY Anita. BHARTHUR, Deepti. Democracy and the algorithmic turn. Sur - International Journal of Human Rights. Disponível em: http://sur.conectas.org/en/digital-sovereignty-or-digital-colonialism/. Data de acesso: 22.01.2019

HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

IDEC, Escassez Artificial: contestando a implementação de franquias na rede fixa. Disponível em: http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Livro-IDEC-Escassez-Artificial.pdf Data de acesso: 12.01.2019.

INTERNETLAB, Relatório Você na Mira. Disponível em: :http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/11/Relatorio-Voce-Na-Mira-3-InternetLab.pdf**.** Data de acesso: 28.12.2018.

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Tradução: Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUNER, Christopher. The internet and the Global Reach of EU Law. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2890930. Data de acesso: 20/12/2018.

LÉVY, Pierre. As tecnologias da inteligência. São Paulo: Editora 34, 1993.

LEVY, Pierre. Cibercultura. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

OPEN SIGNAL, State of mobile network in Brazil. Disponivel em: https://opensignal.com/reports/2017/01/brazil/state-of-the-mobile-network. Acesso:15.01.2018

OXFORD INTERNET INSTITUTE. News and Political Information Consumption in Brazil. Disponível em: https://comprop.oii.ox.ac.uk/research/brazil2018/Data de acesso: 22/01/2019.

PINTO, Renata Ávila. Digital Sovereigntyor Digital Colonialism. Sur - International Journal of Human Rights. Disponível em: http://sur.conectas.org/en/digital-sovereignty-or-digital-colonialism/. Data de acesso: 22.01.2019

PLATÃO, Apologia de Sócrates.São Paulo: Martin Claret, 2010.

SOCIETY WATCH. Global Informations Society Watch 2018: community networks. Disponível em**:** https://giswatch.org/sites/default/files/giswatch18_webData de acesso:19.01.2019.

TOCQUEVILLE, Aléxis. A democracia na América. 2 Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

A relevância dos programas de *compliance* para a responsabilidade penal da pessoa coletiva

The relevance of compliance programs for the corporate criminal liability

Carolina de Novaes Uchôa[172]
Universidade de Coimbra

Sumário: 1. Introdução. 2. O surgimento dos programas de *compliance*: a autorregulação regulada e a prevenção de riscos (penais). 3. O *compliance* e a imputação do fato jurídico-penal à pessoa coletiva. 3.1 A incidência do *compliance* nos modelos de heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade. 3.2 O modelo de autorresponsabilidade construtivista baseado na «Cidadania Empresarial». 4. O estímulo ao *compliance* como ferramenta de atenuação ou isenção da responsabilidade (penal) corporativa. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente estudo tem como objetivo investigar em que medida os chamados programas de *compliance* podem adquirir importância no Direito Penal da empresa, influindo diretamente como um importante instrumento estratégico de controle do comportamento empresarial desviado aos países que consagram a responsabilidade penal da pessoa coletiva.

Frente aos inúmeros escândalos relacionados à criminalidade econômica, o *compliance* vem como uma reação a tais fenômenos, de modo a desenvolver uma estrutura diligente ao cometimento de fraudes, além de buscar resguardar a integridade da própria empresa[173].

Para as questões que aqui interessam, analisaremos que importância dos programas de *compliance* não diz respeito apenas à prevenção da criminalidade empresarial – atuação anterior ao fato criminoso – mas também pode adquirir relevância pós-fato, com relação direta na atribuição da responsabilidade penal da pessoa coletiva.Com efeito, para avaliar tal relevância, o estudo se

[172]Advogada inscrita na OAB/RJ. Mestranda em Direito, com menção em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atualmente em mobilidade de pesquisa científica na Universitàdi glistudi di Pavia por meio do Programa *Erasmus*. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.E-mail: carolinanuchoa@gmail.com.

[173]Neste sentido, como pontua Ulrich Sieber, os programas de cumprimento são uma reação aos escândalos recentes da criminalidade econômica nos EUA (Enron) e na Europa (World-Com, Parmalat, Barings e Arthur Anderson). O Autor complementa que tais desastres corroboraram o diagnóstico pioneiro de Klaus Tiedemann, no sentido de que a criminalidade econômica pode causar a ruína do próprio empreendimento, além de prejuízos a toda a sociedade (SIEBER Ulrich.Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: *El derecho penal econômico en la era compliance.* Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 63-64).

propôs a análise da incidência dos programas de cumprimento nos diferentes modelos de imputação do fato jurídico-penal ao ente coletivo – a heterorresponsabilidade e a autorresponsabilidade – e, como consequência, analisar em qual parâmetro de culpabilidade empresarial o *compliance* pode adquirir força normativa.

2. O surgimento dos programas de *compliance*: a autorregulação regulada e a prevenção de riscos (penais)

Os programas de cumprimento ou de integridade – *compliance programms*[174]– caracterizam-se como a reunião de esforços por parte de uma empresa, com mecanismos de autocontrole ou autovigilância, com o intuito de buscar o cumprimento de exigências legais e éticas determinadas pelo poder público e, assim, evitar a ocorrência de infrações de diversas ordens – inclusive as de natureza criminal. O intuito de tais programas relaciona-se com a observância de uma integridade corporativa, englobando, de forma ampla, a implantação de «códigos de ética», «códigos de integridades» e «políticas de boa-governança». Há ainda a existência de um protocolo de investigações de infrações já cometidas, com aplicação de sanções internas aos responsáveis, com a possibilidade de resolver conflitos mediante os códigos disciplinares internos, além da comunicação às instâncias formais de controle, como verdadeiros «canais de denúncia»[175].

Com raízes nas políticas dos Estados Unidos de privatizações e desregulamentações de setores econômicos, associado às atuações dentro de um Estado não mais diretamente intervencionista, os programas de *compliance* começam a ganhar força no mundo corporativo, ao observarem a incapacidade das instâncias formais de controle fiscalizar diretamente as atividades das empresas que exploravam segmentos econômicos, em âmbito interno e global. Assim, verificou-se a necessidade da construção de uma estrutura coletiva que conferissem maior confiabilidade e transparência na apuração dos resultados empresariais, o que radicou no conceito de governança corporativa, que trouxe a importância do desenvolvimento de instrumentos eficazes de monitoramento de administração da empresa, para alinhar os interesses dos executivos com as pretensões dos acionistas e, assim, alcançar os resultados desejados. A governança corporativa

---

[174] A expressão inglesa *compliance* significa *"cumprimento, atendimento, obediência*". É certo que a expressão original em inglês possui uma alta carga valorativa em diversas áreas jurídicas e extrajurídicas. Para o presente trabalho, focar-se-á no segmento jurídico-penal, notadamente, como instrumento aliado às estratégias político-criminais para o enfrentamento da criminalidade econômica.

[175] Assim, SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. *In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais,* ano 25, n.°s 1 a 4, [p. 117-146], janeiro-dezembro, 2015, p. 118.

busca o respeito e a obediência ao sistema legal por parte da empresa, assim como busca melhorar as relações internas de trabalho e poder[176].

Os programas de *compliance*– além de outras ferramentas para melhoria da gestão empresarial englobadas dentro da ideia de *corporate governance* – vêm, portanto, como importante instrumento de controle frente ao caráter global e complexo próprio da sociedade do risco·. Esses programas podem constituir, pois, um planejamento muito mais efetivo que a mera determinação estatal, transmitindo às empresas (internacionais ou não) formas de «*self-policing*», o que, na maioria dos casos, consiste na única possibilidade de controle estatal, por meio da «*ruleat a distance*»[177].

A ideia de autorregulação regulada dos programas de *compliance* evidencia um novo tipo de relação entre o Estado-empresa, demonstrando que o corpo estatal não dispõe do aparato suficiente para intervir sobre todos os riscos empresariais – além do que, há a percepção de que a empresa deteria do maior conhecimento técnico da sua estrutura e capaz de assumir faculdades de regulação da sua própria atividade. Entretanto, isso não significaria que a empresa detenha de plena liberdade dentro da sua esfera de domínio, visto que ao Estado é reservado criar estímulos externos (com sistemas de licenciamento ou permissões da atividade) além de dispor de instrumentos sancionatórios, caso ocorram fatos contrários ao Direito[178].

3. O *compliance* e a imputação do fato jurídico-penal à pessoa coletiva

A crescente inter-relação entre o âmbito público e privado mostra-se como uma novidade ao direito penal, inserindo no discurso a análise do próprio contexto organizativo da empresa, colocando-a como destinatária de deveres jurídicos – não só ao ente coletivo, mas às pessoas singulares que o compõem – expandindo, por consequência, os critérios de responsabilidade, visto que comportamentos antes tidos como irrelevantes, podem ser objeto de imputação criminal. Todo este contexto evidencia que o sistema econômico vinha se organizando de uma maneira alheia à preocupação com fraudes, uma vez que se criavam estruturas propícias ao cometimento de delitos e sem qualquer intuito de modificar tais condições. Em consequência, aquilo que antes era objeto de outros ramos do Direito, passam a adquirir uma relevância significativa para a área penal, com o Direito penal da empresa[179].

---

[176]A este propósito SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa.* Tese doutorado sob orientação do Professor Sérgio Salomão Schecaira, USP, São Paulo, 2014, p. 47 e ss.

[177] SIEBER Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: *El derecho penal económico en la era compliance.* Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 99.

[178] SOLA, Javier Cigüela.*La culpabilidad colectiva en el derecho penal : crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa* / Javier Cigüela Sola; prólogo de Jesús-María Silva Sánchez; presentación de Carlos Pérez del Valle. Madrid [etc.]: Marcial Pons, 2015, p. 344.

[179] Idem, p. 347.

Sem dúvidas, o direito penal sofreu mudanças significativas a partir do surgimento de determinados fatos sociais relacionados à denominada sociedade do risco, notadamente o surgimento do fenômeno criminológico denominado *criminalidade de empresa,* com a perpetração de crimes no âmbito de uma estrutura empresarial, que projetam consequências ao ambiente externo, com lesões de curto, médio e longo prazo à coletividade. Em resposta a tais perigos definidores desta *atual* sociedade há a expansão do direito penal, inserindo no discurso jurídico-penal um novo sujeito passível de imputação: a pessoa coletiva[180]. E a atenção volta-se, portanto, para o âmbito deste ente abstrato que, com a divisão funcional do trabalho, baseada na hierarquia e descentralização, cria uma estrutura de risco para bens jurídicos, em razão do fracionamento do processo decisório, o que dificulta a identificação dos responsáveis por eventuais lesões.

Quando se pensa na responsabilidade penal da pessoa coletiva é fundamental observar os critérios que possam imputá-las penalmente, para que se verifique como os programas de *compliance* podem adquirir relevância jurídica, podendo, pois, serem utilizados como ferramenta para a exclusão da responsabilidade penal do ente. Como bem pontua AdanNieto Martín a questão da funcionalidade dos programas de cumprimento na responsabilidade penal das pessoas jurídicas depende do modelo de responsabilidade penal coletiva adotado[181].

3.1 A incidência do *compliance* nos modelos de heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade

Dentre a discussão da responsabilidade penal da pessoa coletiva, a culpabilidade penal colocada como parâmetro possui relação direta com a construção de um modelo de imputação do fato criminal ao ente coletivo. Os diferentes modelos de culpabilidade empresarial demonstram como se pode interpretar o caráter complexo e múltiplo da empresa.

O modelo da *heterorresponsabilidade*, por exemplo, tem como ponto de partida que a empresa é culpável por um feito dos seus representantes/administradores (portanto, um terceiro qualificado), atuando no exercício de suas funções, e em nome e no interesse do ente coletivo. Neste modelo a atuação individual é o substrato da atuação da pessoa jurídica e da vontade desta; o indivíduo qualificado com os poderes de representação é capaz de exprimir a vontade da empresa,

---

[180]A construção normativa da União Europeia demonstra a prioridade conferida à matéria penal, com o surgimento de normativas que impactam diretamente as legislações penais dos Estados-membros. A responsabilidade criminal das sociedades, como uma resposta ao aumento de crimes que surgem no âmbito empresarial – notadamente, no domínio tributário e infrações contra a economia – é uma realidade político-criminal de muitos ordenamentos jurídicos europeus, especialmente por influência das Recomendações do Conselho da Europa e decisões do Conselho da UE e o projeto do *Corpus Juris* para a proteção dos interesses financeiros da UE. (Cfr. ainda a Decisão-Quadro, de 13 de junho de 2002, sobre a luta contra o terrorismo e Decisão-Quadro, de 27 de janeiro de 2003, referente à luta contra a corrupção no setor privado).

[181]Assim, MARTÍN, Adan Nieto. Introducción. In:*El derecho penal económico en la era compliance*. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 15-16.

como uma autêntica atuação da pessoa coletiva. Ora, neste tipo de critério de atribuição da culpabilidade coletiva os programas de cumprimento carecem de força; isso porque, até possuem algum sentido na prevenção do cometimento de delitos no seio coletivo, no entanto, uma vez ocorrido o crime, o *compliance* não possui qualquer relevância para a defesa penal da entidade[182].

Por outro lado, quando estamos diante do modelo da *autorresponsabilidade*, com a imputação de um feito antijurídico próprio e independente dos membros da sociedade, passamos a tratar a pessoa coletiva como um todo unitário. Seria, pois, uma unidade de organização autônoma, que cometeria crimes pela falta ou falha na composição, constituindo-se como uma culpabilidade e ações autônomas do ente coletivo, sem qualquer transferência da culpabilidade sobre as bases da ação e omissão de outros. Com efeito, quando pensamos na autorresponsabilidade, ter uma boa organização preventiva é a chave para o sim e o quando da responsabilidade da pessoa coletiva[183].

3.2 O modelo de autorresponsabilidade construtivista baseado na «Cidadania Empresarial»

Buscando delinear brevemente o modelo de CarlosGómez-Jara – que, como aponta Nieto Martín, é o mais desenvolvido – e a importância para fins de *compliance*, destaca-se que o objetivo desse Autor foi consagrar uma responsabilidade penal da empresa «genuína» fundada na autorresponsabilidade. O Autor caminha para uma proposta de culpabilidade coletiva autônoma da empresa, desenvolvendo argumentos favoráveis à identidade própria da pessoa coletiva, baseado na autopoiése e na memória organizativa[184]. Em razão de uma expectativa normativa de organização, Gómez-Jara incorpora ao seu modelo a ideia de cidadania empresarial («Corporate Citizenship»), apontado como um fenômeno social e jurídico de grande importância para a sociedade moderna, e que dá origem a outro conceito: o cidadão corporativo fiel ao Direito. Esse

---

182 Ibidem.

183 Mesmo quando se tenha por base o modelo da autorresponsabilidade do ente coletivo, conceito de culpabilidade empresarial não é uníssono. Na lição de AdanNieto Martín, podemos pontuar que existem quatro conceitos distintos de culpabilidade empresarial autônoma: a) a culpabilidade da empresa como cultura corporativa desviada (e o Autor aponta o Código Penal Australiano e o modelo de Gómez-Jara); b) a culpabilidade da empresa como defeito da organização – que, ao seu ver, resulta da versão mais bem desenvolvida (destacando-se o Reino Unido, em parte Heine e Gómez-Jara); c) a culpabilidade da empresa como ausência de um comportamento pós-delitivo adequado (Fisse, Braithwaite); d) a culpabilidade da empresa como culpabilidade pelo caráter ou culpabilidade pela condução da empresa (Heine e Lampe). (Cfr. MARTÍN, Adan Nieto. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. 1.ª edición, Iustel, Portal Derecho, S.A., 2008, p. 146).

184 Este autor, seguindo a teoria dos sistemas de Luhmann, considera que, tanto o ordenamento jurídico como a empresa, seriam sistemas autopoiéticos; esta última é entendida como um sistema que se organiza em si mesmo e que deveria, pois, desenvolver uma cultura empresarial favorável ao ordenamento jurídico (Cfr. DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, p. 187e também DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial: propuestas globales contemporáneas*. The Global Law Collection. Legal Studies Series, Ed. Arazandi, 2006, p. 101.

conceito faz referência à «empresa que tem o dever de institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito», a partir de certas características da organização empresarial que vão sendo desenvolvidas pela doutrina – cultura empresarial, *ethos* empresarial, política empresarial, identidade corporativa – para dar significado à culpabilidade empresarial[185].

Tendo como parâmetro uma culpabilidade empresarial pelo defeito da organização e, portanto, uma cultura corporativa desviada, um modelo de autorresponsabilidade coerente bem desenvolvido na legislação abre portas para a importância de medidas de *compliance* que tenham como objetivo o alcance dos fins sociais e econômicos da atividade, cumprindo devidamente com as obrigações legais. A responsabilidade penal da empresa se basearia, portanto, pela ausência de implantação de um sistema preventivo para controlar os riscos (penais) decorrentes do negócio[186].

Sendo assim, como pontua o Autor, se realmente há a pretensão de sustentar que as organizações têm uma capacidade de culpabilidade deve ser previsto, de igual forma, a possibilidade de causas de exclusão dessa culpabilidade. Assim, ao considerar a pessoa coletiva dotada de uma culpabilidade autônoma, própria dos modelos de autorresponsabilidade, o *compliance* adquire relevância pela sua conexão com a atuação dos membros individuais propriamente ditos, de modo a demonstrar a esfera de organização do ente coletivo e eventualmente desconectá-la do resultado lesivo, justificando, pois, sua falta de culpabilidade pela existência de um *compliance* efetivo e idôneo[187]. Desta maneira, se existem uma falha e ineficácia no programa de cumprimento que tenha conexão com o resultado lesivo, poderá ser imputado o fato à empresa; porém, não deverá responder quando se verifique a existência de medidas implementadas para evitar o risco, posto que o ato delituoso não se explica por razões de defeito organizativo do ente[188].

---

185 DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *La culpabilidad penal de la empresa.* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, p. 249-250. Uma definição apontada pelo Autor como boa cidadania corporativa é quando uma corporação cumpre com a Lei, ou mais precisamente é aquela corporação que institucionalizou uma cultura corporativa de conformidade com a lei, respeitando a lei. O Autor aponta ainda alguns referentes práticos como, por exemplo, as diretrizes feitas pelos EUA para impor sentenças de organizações ou outras legislações que incorporam elementos da cultura empresarial para determinar a sua responsabilidade.

186 MARTÍN, Adan Nieto. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. 1.ª edición, Iustel, Portal Derecho, S.A., 2008, p. 146.

187Vale destacar a recente reforma introduzida pela LO n.º 01/2015 na Espanha, a partir da reformulação do artigo 31 *bis* do Código, com o desenvolvimento de critérios para um programa de conformidade penal adotado pela empresa, de modo a delimitar o conteúdo inerente à expressão «devido controle» prevendo, no parágrafo 2.° do artigo citado, condições em que a pessoa coletiva terá a sua responsabilidade excluída graças à implementação e aplicação de um modelo de organização e gestão que incluam medidas de monitoramento e controle apropriado para prevenir crimes ou reduzir o risco de seu cometimento; monitoramento do desempenho do modelo de prevenção implantado, o qual deve estar a cargo de órgão independente dentro da pessoa jurídica (departamento de *compliance*); que o crime tenha sido praticado por indivíduos de forma fraudulenta iludindo os modelos organizacionais e de prevenção e que não tenha ocorrido omissão ou falha no exercício das suas funções de acompanhamento, vigilância e controle por parte do organismo. A reforma produzida na Espanha teve inspiração Italiana, onde desde a promulgação DL n° 231/2001, é previsto no art. 6° e 7° a adoção de um «modelo di organizzazione gestione e controllo» para exclusão ou limitação da chamada *responsabilitàdeglientidipendenti da reato.*

188 DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial: propuestas globales contemporáneas.* The Global Law Collection. Legal Studies Series, Ed. Arazandi, 2006, p. 152-153. E também SOLA, Javier Cigüela.*La culpabilidad colectiva en el derecho penal : crítica y*

4. O estímulo ao *compliance* como ferramenta de atenuação ou isenção da responsabilidade (penal) corporativa

É evidente a relevância adquirida pelo *compliance* nos dias atuais, ao representar-se como um novo instrumento de trabalho da ciência jurídica. O desenvolvimento destes sistemas autorreferenciais de *autorregulação regulada* se vinculam a uma nova abordagem de teoria e prática político-criminais para controlar a criminalidade na empresa e que influi decisivamente no Direito penal empresarial. Por isso, a integração dos programas de *compliance* com a regulação privada inserida no sistema jurídico estatal plantam questões fundamentais, não só ao nível nacional, mas como uma perspectiva global de política preventiva à criminalidade de empresa[189].

Como bem expõe Nieto Martín, tanto o princípio do *societas delinquere non potest,* assim como o contrário, *o potest*, são ferramentas da política criminal que deveram ser validadas por resultados empíricos[190]. Em que pese à necessidade de mais estudos empíricos quanto a isso, vale ressaltar a pesquisa empírica realizada por Ulrich Sieber e Marc Engelhart junto às empresas alemãs, por intermédio do *Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Stafrecht*, com o objetivo, além outros pontos, de observar a incidência e o conteúdo práticos dos programas de *compliance,* de modo a analisar a eficiência de tais programas na prevenção, detecção e persecução de crimes econômicos. Além disso, o estudo se propôs a investigar como programas de *compliance* e seus diferentes componentes podem ser normatizados pelo legislador.

Dentre os inúmeros resultados conquistados por Sieber e Engelhart, destacam-se para o presente estudo: 1) Há boas razões para empresas e o legislador fazerem uso dos programas de compliance, em razão da contribuição para a prevenção da criminalidade econômica; 2) A imprecisão da expressão "*compliance programms"* pode ser concretizada, com a descrição do conceito e sua integração normativa.3) Para o estímulo à implantação dos programas, o legislador pode impor medidas de *compliance* para determinados setores como, por exemplo, o branqueamento de capitais ou *insedir trading*, com a conjugação de sanções civis e criminais em caso de não cumprimento;4) A aplicação indireta de programas de *compliance* por intermédio de sanções criminais e, notadamente, por meio de um sistema de responsabilidade penal corporativa, pode ser desenvolvido se as normas vierem acompanhadas de benefícios definidos para os entes coletivos que tiverem criado um efetivo programa de *compliance;* 5) Como consequência, um regime geral efetivo para combater à criminalidade econômica conjugaria um sistema de responsabilidade penal

propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa / Javier Cigüela Sola; prólogo de Jesús-María Silva Sánchez; presentación de Carlos Pérez del Valle. Madrid [etc.]: Marcial Pons, 2015, p. 349-350.

189 SIEBER Ulrich. Programas de *compliance*en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: *El derecho penal econômico en la era compliance.* Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 108.

190 MARTÍN, Adan Nieto. Introducción. In*:El derecho penal econômico en la era compliance.* Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 15.

corporativa (com medidas de confisco e multas de natureza penal) com a associação de benefícios pela implementação de um efetivo programa de *compliance,* podendo, inclusive isentar a responsabilidade do ente[191].

Dessa maneira, a partir do momento que a adoção de programas de *compliance* por parte de uma empresa se mostram adequados para a prevenção de riscos, a discussão de que são também idôneos para afastar a culpabilidade do ente coletivo vem como um ponto intrínseco para a autonomia do Direito penal da empresa. Como vimos, quando falamos da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o *compliance* só entra na discussão como um aliado da culpabilidade do ente, quando pensamos no modelo da autorresponsabilidade. Isso porque, uma eventual isenção da responsabilidade possui sentido quando falamos na culpa autônoma da pessoa coletiva, sem qualquer transferência da ação e culpa de uma pessoa física qualificada, previsto nos modelos de heterorresponsabilidade.

As vantagens de adoção e estímulo dos programas de *compliance* na estrutura corporativa ganham força quando pensamos em uma sociedade de riscos, marcada pela crescente complexidade, fragmentariedade e conflitividade, que possui como uma das suas consequências elementares a criminalidade de empresa, evidenciando, pois, a ocorrência de delitos no seio empresarial que trazem consequências negativas ao ambiente externo. Em razão de uma das respostas a tais ameaças ser a expansão do direito penal, com a inserção no discurso jurídico-penal da própria empresa como entidade responsável, não há como não abrir discussões de como o instrumento de cumprimento normativo pode ser útil na prevenção dos riscos penais e também para fazer prova, uma vez ocorrido o delito, que a empresa veio se organizando efetivamente para o cumprimento das exigências legais[192].

A autorregulação da empresa pode constituir-se como uma ferramenta muito mais efetiva do que a determinação estatal de preceitos que, pelas especificidades de cada ramo, tipo, tamanho e atividade, pode não se adaptar à realidade da empresa. Como pontua Sieber, a delegação às empresas de determinadas formas de *self-policing* não implica em *laissez faire*, mas pode ser vista como uma forma – senão a única, afirma – de recuperar parte do controle estatal por meio de uma

---

191SIEBER, Ulrich. ENGELHART, Marc.*Compliance programs for the prevention of economic crimes: an empirical survey of german companies* / Ulrich Sieber, Marc Engelhart. Berlin :Duncker&Humblot, 2014, p. 25 e ss.

192 Na pesquisa realizada por SIEBER e ENGELHART foi constatado que o programa de *compliance* é, dentre outros tipos de programa, o que mais é implementado nas empresas, com 84%. A percentagem dos demais ficou: código de ética (78%), responsabilidade corporativa social (64%) e governança corporativa (55%). (Cfr. SIEBER, Ulrich. ENGELHART, Marc. *Compliance programs for the prevention of economic crimes: an empirical survey of german companies* / Ulrich Sieber, Marc Engelhart. Berlin: Duncker &Humblot, 2014,p. 35ss).

regulação à distância. Pode-se dizer que é, como ilustrou Braithwaite, um novo modelo de regulação pela qual o Estado dirige e a sociedade civil rema[193].

5. Conclusão

A título de conclusão, pode-se dizer que toda essa nova realidade posta para uma melhor prevenção da criminalidade econômica demanda desafios constantes para o aprimoramento e melhora do Direito penal tradicional. Programas de *compliance* com conteúdos bem delimitados podem se tornar apropriados para a prevenção da criminalidade, por trazerem em seu elemento central a obrigação e a regulamentação da responsabilidade da direção da empresa em relação aos valores determinados no programa, baseado em códigos de conduta e exigências estatais de conformidade Para que os programas de *compliance* e tornem um importante instrumento, com resultados concretos, é necessário que inúmeras questões quanto à relação *compliance* e ciência jurídica se resolvam. No presente estudo tentamos mostrar uma das faces dessa relação no campo penal, ao relacionar a importância do *compliance* como aliado da responsabilidade penal coletiva, quando pautado no modelo da autorresponsabilidade, para que o objetivo possa cada vez mais ser possível de alcançar.

6. Referências

BRAITHWAITE, John."*The new regulatory state and the transformation of criminology". in* British Journal of Criminology, vol. 40, 2000.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *La culpabilidad penal de la empresa.* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial: propuestas globales contemporáneas.* The Global Law Collection. Legal Studies Series, Ed. Arazandi, 2006.

MARTÍN, Adan Nieto. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. 1.ª edición, Iustel, Portal Derecho, S.A., 2008.

MARTÍN, Adan Nieto. Introducción. In*:El derecho penal econômico en la era compliance*. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SARCEDO, Leandro.*Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa.* Tese doutorado sob orientação do Professor Sérgio Salomão Schecaira, USP, São Paulo, 2014.

SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica**.** In: *El derecho penal econômico en la era compliance.* Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

[193]Cfr. JOHN BRAITHWAITE, "*The new regulatory state and the transformation of criminology". in* British Journal of Criminology, vol. 40, 2000, p. 223. E expressivas são as palavras do Autor: "The night watchman state which preceded the Keynesian state will be conceived as one where most of the steering and rowing (Osborne and Gaebler 1992) was done in civil society. The keynesian state that succeeds it thas the state do a lot of rowing, but was weak on steering civil society. The new regulatory state that is most recente in this chronology holds up state steering and civil society rowing as the ideal".

SIEBER, Ulrich. ENGELHART, Marc. *Compliance programs for the prevention of economic crimes: an empirical survey of german companies* / Ulrich Sieber, Marc Engelhart. Berlin :Duncker&Humblot, 2014.

SOLA, Javier Cigüela.*La culpabilidad colectiva en el derecho penal : crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa* / Javier Cigüela Sola; prólogo de Jesús-María Silva Sánchez; presentación de Carlos Pérez del Valle. Madrid [etc.]: Marcial Pons, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. *In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais,* ano 25, n.°s 1 a 4, [p. 117-146], janeiro-dezembro, 2015.

Nótulas sobre o novel trade facilitation agreement e as boas perspectivas para o sistema comercial internacional

Key considerations under the new trade facilitation agreement and expected impacts to the world trade system

Niedja de Andrade e Silva Forte dos Santos[194]
Universidade de Coimbra

Sumário: 1. Introdução. 2. A Organização Mundial do Comércio (OMC). 3. O Trade Facilitation Agreement (TFA). 4. As Medidas para Facilitação do Comércio Internacional. 5. As Boas Perspectivas do TFA para o Sistema Comercial Internacional. 6. Reflexões finais. 7. Referências.

1. Introdução

As exportações de mercadorias pelos países membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) somaram US$ 17, 43 trilhões no comércio mundial[195] em 2017, nada obstante as setenta e cinco novas medidas restritivas[196] implantadas no âmbito do comércio mundial no mesmo período. A OMC objetiva justamente a liberalização e ampliação do comércio internacional, especialmente através de medidas para facilitação do comércio. Neste contexto, entrou em vigor em 2017 o *Trade Facilitation Agreement* (TFA), que havia sido negociado e adotado na Conferência de Bali em 2013, caracterizando-se ainda como o primeiro acordo multilateral estabelecido na OMC desde sua criação em 1995.O presente artigo vista apresentar as principais medidas do previstas no TFA para a facilitação do comércio internacional e tecer notas sobre as boas perspectivas acerca de seu impacto no sistema comercial internacional.

2. A Organização Mundial do Comércio (OMC)

A OMC é uma organização de âmbito internacional que tem por objetivo liberalizar o comércio, funcionando como fórum permanente para os governos negociarem acordos comerciais e para resolverem disputas comerciais, operando um sistema de regras

[194] Doutoranda em Ciências Jurídico Empresariais na Universidade de Coimbra, Mestre em Direito, MBA em Gestão Empresarial, Pós-MBA em Negociação, Pós-Graduação em Direito Processual, Graduada em Direito. Email: niedjaandrade@uol.com.br/ niedja.santos@student.uc.pt
[195](WTO, 2018, p. 27).
[196](MAGALHÃES, 2018).

comerciais[197].Como assevera Cunha(2008), a OMC é um dos quatro subsistemas que compõe o sistema comercial internacional. O autor descreve o descreve o subsistema multilateral composto por regras negociadas nos sucessivos *rounds* do *General Agreementon Tariffsand Trade (GATT)* que lhe antecedia, integrando o sistema comercial internacional ao lado de outros três subsistemas: os subsistemas bilaterais ou unilaterais compostos por acordos de autolimitação de exportação e medidas comerciais à margem da OMC; os subsistemas de regionalismo, tais como a União Europeia e o Mercosul; e os subsistemas plurilaterais, bilaterais ou multilaterais compostos por acordos sobre matérias tradicionalmente tratadas nas ordens jurídicas internas dos países, como a legislação de defesa dos trabalhadores ou de defesa da concorrência.

Ao relatar a história da OMC, VanGrasstek(2013, p. 43-55) remete à Carta de Havana de 1978, que visava a constituição da International Trade Organization (ITO), com escopo que ia além do comércio internacional, incluindo outros temas, como emprego e investimentos. A iniciativa não foi bem-sucedida e a regulamentação do comércio internacional acabaria sendo sacramentada em 1947 através de negociação realizada durante uma das reuniões do comitê preparatório da ITO. A referida reunião deu origem ao *General Agreementon Tariffs and Trade (GATT)*, que nasceu fortemente influenciado pelo capítulo sobre regras comerciais da Carta de Havana.[198]

Assim, o GATT viria a entrar em vigor em 10 de janeiro de 1948 como um acordo de tarifas, com 43 países envolvidos, através de um protocolo de aplicação provisória, até que a ITO fosse efetivamente criada. Os anos se passaram, a ITO não saiu do papel por uma série de razões e o GATT foi se consolidando nos moldes de uma organização internacional, que inclusive passou a contar com um Diretor-Geral em 1965[199].

O sucesso do GATT é inegável, especialmente no que se refere à liberalização do comércio e à criação do sistema de comércio internacional multilateral. Tanto é assim, que em 1995 deu lugar à Organização Mundial do Comércio (OMC) e ampliou o número de partes contratantes de 23 em 1947 para 123 em 1994, quando a criação da OMC foi deliberada[200]. Muito embora pesem críticas ao GATT e argumentos quanto à continuidade da OMC, especialmente no que se refere à dificuldade na conclusão de rodadas, o questionamento do mecanismo de decisão, a suposta fadiga do multilateralismo, a crescente influência da geopolítica, dentre outras questões[201], o empreendimento foi bem-sucedido.

---

[197](WTO, 2015, p. 9).
[198](MESQUITA, 2014).
[199](MESQUITA, 2014, p. 37-39).
[200](MESQUITA, 2014).
[201](FLORES, 2014).

Da mesma forma que o antecessor GATT, a OMC funciona como fórum permanente de negociação por etapas, conhecidas por rodadas ou *rounds*. Desde a concepção do GATT até os dias atuais, somam-se nove rodadas, relacionadas a seguir com nome, período, número de países participantes e temas tratados: 1. Rodada Genebra, 1947, 23 países, tarifas; 2. Rodada Annecy, 1949, 13 países, tarifas; 3. Rodada Torquay, 1951, 38 países, tarifas; 3. Rodada Torquay, 1951, 38 países, tarifas; 4. Rodada Genebra, 1956, 26 países, tarifas; 5. Rodada Dillon, 1960-1961, 26 países, tarifas; 6. Rodada Kennedy, 164-1967, 62 países, tarifas e medidas antidumping; 7. Rodada Tokyo, 1973-1979, 102 países, tarifas, medidas não tarifárias e cláusulas de habilitação; 8. Rodada Uruguai, 1986-1994, 123 países, tarifas, agricultura, serviços, propriedade intelectual, medidas de investimento, novo marco jurídico, regras, solução de controvérsias, criação da OMC; 9. Rodada Doha 2001-presente, 149 países, tarifas, agricultura, serviços, facilitação do comércio, solução de controvérsias e regras.[202]

Criada durante as negociações da Rodada Uruguai, a O OMC foi estabelecida em 1º de janeiro de 1995 com sede em Genebra, Suiça, com as atribuições principais de administrar os acordos comerciais do âmbito das rodadas; servir como fórum de negociações; manejar as disputas comerciais; monitorar as políticas comerciais nacionais; oferecer assistência técnica e treinamento para países em desenvolvimento; e promover cooperação com organizações internacionais. Hodiernamente, conta com 164 membros, que representam 98% do comércio mundial.[203]

Cunha(2008, p. 15-16) relaciona o multilateralismo nas relações comerciais internacionais ao plano do cumprimento de princípios básicos, quais sejam, o da não discriminação, que se associa ao princípio da redução generalizada e progressiva dos impostos alfandegários, ao princípio da proibição das restrições quantitativas, ao princípio da reciprocidade e ao princípio da transparência, que é justamente objeto desta investigação. Nesse contexto, o autor ressalta, que "o GATT e a OMC oferecem-nos então uma estrutura que procura evitar conflitos comerciais e garantir condições de estabilidade para a prática de um comércio internacional crescentemente liberalizado e liberalizado em condições de não discriminação"[204]

É neste contexto do sistema comercial internacional multilateral, mais especificamente no âmbito da Rodada Doha, que nasce o *Trade Facilitation Agreement TFA*, que será tratado a seguir.

---

[202](WTO, 2015) (WTO, 2019).
[203](WTO, 2019).
[204](CUNHA, 2008, p. 20)

3. O *Trade Facilitation Agreement (TFA)*

O acordo sobre a facilitação do comércio conhecido como TFA foi fruto de longa negociação no âmbito da OMC, que culminou em sua adoção por 159 membros na Conferência de Bali em dezembro de 2013. Referido acordo entrou em vigência em 22 de fevereiro de 2017, tendo sido também um grande marco por ter sido o primeiro pacto multilateral estabelecido desde a criação da OMC em 1995.[205]

Em seus 24 artigos distribuídos em três sessões, o TFA objetiva basicamente a redução da burocracia nas operações, incrementando a competitividade dos produtos transacionados multilateralmente. A primeira sessão é a que comporta os 12 artigos onde estão descritas as medidas acordadas para a facilitação do comércio internacional propriamente ditas.

A segunda sessão diz respeito ao tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento, ou *Special and Differential Treatment (S&DT)* no que se refere à implementação da primeira sessão e na verdade é uma inovação do TFA, permitindo flexibilidade na auto determinação do prazo de implementação das medidas[206]. Neste aspecto, Ayoki(2018) realizou levantamento dos temas acerca dos quais os países em desenvolvimento haviam solicitado assistência técnica até junho de 2018. Em 45% dos casos, os temas ainda não estavam identificados. Entre os assuntos mais demandados, figura recursos humanos e treinamento, com quase 35% das demandas.

Já a terceira sessão do TFA trata das disposições finais e dispõe sobre o comitê de monitoramento do acordo e os comitês nacionais do TFA.

É de se notar que o TFA trata de aspectos operacionais do transporte e comércio internacional de mercadorias.

O fato é que atingindo a tarifa média de 3,8% na importação de bens e mercadorias entre países desenvolvidos após as diversas medidas adotadas durante do GATT e já na vigência da OMC, a atenção se volta então para a redução da *red tape*, como é conhecida a burocracia do comércio internacional e aduanas[207]. E nesta seara, o TFA tem como objetivo gerar ganhos econômicos substanciais para o comércio internacional, estimados na ordem de 15% em média.[208]

---

[205](NEUFELD, 2016).
[206](CZAPNIK, 2015)
[207](GRAINGER, 2014)
[208](WTO, 2015, p. 81)

4. As medidas para facilitação do comércio internacional[209]

Conforme relatado no item anterior, as principais medidas para facilitação do comércio internacional estão previstas essencialmente em doze artigos da primeira sessão do TFA, constituindo essencialmente em questões relacionadas a transparência e disponibilidade de informações, processo participativo na elaboração de normativas e legislação aduaneira, estabilidade e confiabilidade da legislação aduaneira, acesso a recursos, medidas de imparcialidade e não discriminação, incentivo à cooperação entre agências aduaneiras e de fronteiras dos países membros.

De forma específica, para oferecer clareza ao leitor, serão trazidos à colação os referidos doze artigos, relacionando a medida tratada, as autoridades envolvidas na disposição e o escopo tratado no referido dispositivo. Neste contexto, o artigo 1º. trata da publicação e disponibilidade da informação, com foco no tipo e forma de informação publicada pelo governo, envolvendo a autoridade do executivo, agências de fronteira, autoridades de comércio, fiscal e as responsáveis por informações. O escopo do artigo é a publicação das informações comerciais relacionadas pelos membros, não discriminatoriamente, com fácil acesso para outros governos, comerciantes e interessados.

Já o artigo 2º trata da oportunidade de comentar informações antes de sua entrada em vigor, ou seja, o mecanismo de consulta prévia, ou melhor esclarecendo, o processo participativo de elaboração da legislação nacional comercial, incluindo atos secundários regulamentares emanados pelo poder executivo, envolvendo as agências de fronteira, as autoridades de comércio, do executivo e a legislativa, tendo por escopo a oportunidade das partes interessadas de comentar propostas de legislação comercial e alfandegária (leis e regulamentos administrativos), incluindo alterações legislativas que devem se tornar públicas antes da entrada em vigor. Por sua vez, o artigo 3º trata do adiantamento de informações sobre regras, ou seja, os meios pelos quais o *trader* pode obter informação confiável sobre a classificação das tarifas, origem ou outra questão alfandegaria relacionada à sua mercadoria, antecipadamente à importação, envolvendo a autoridade alfandegária, tendo por escopo o fornecimento, quando solicitado pelo *trader*, das regras escritas de classificação de tarifas ou origem de seus bens ou outras matérias de interesse, antes da importação, sendo que a obrigatoriedade da regra deve permanecer válida por período razoável e prevalece o direito do *trader* de ser notificado se a autoridade alfandegaria tomar medida contrária.

O artigo 4º se refere à revisão ou recurso de procedimentos, tratando do direito dos *traders* de recorrer das decisões das autoridades alfandegárias e de fronteiras, envolvendo a autoridade alfandegaria e outras autoridades de fronteira, com o escopo de dar aos *traders* o direito

[209](THE TRADE FACILITATION AGREEMENT FACILITY, 2019)

de apelar das decisões das autoridades alfandegarias judicial ou administrativamente. O artigo 5º trata das outras medidas para aprimorar a imparcialidade, não discriminação e transparência, se referindo às orientações ou notificações relacionadas a inspeção ou controle de importação de bens, particularmente alimentos, bebidas e ração animal, envolvendo todas as autoridades de fronteira, com o escopo de envolver todas as condições sob as quais as notificações ou orientações podem ser feitas e mantidas no sistema, e as ações tomadas como consequência da notificação ou orientação, estarão sujeitas a normas de imparcialidade, não discriminação e transparência. Já o artigo 6º disciplina taxas e tarifas governamentais impostas e ou cobradas ou conectadas com importação e exportação, envolvendo autoridades de fronteira e alfandegarias, com escopo de tratar o valor e razões das taxas ou cobranças impostas na importação ou exportação devem estar consistentes com o GATT, artigo VII e os membros devem publicar informações sobre taxas e cobranças antecipadamente à entrada em vigência, além de revisá-las periodicamente visando redução. Enquanto isso, o artigo 7º trata da liberação de mercadorias, se referindo principalmente à submissão de documentos para liberação de bens importados, envolvendo autoridades alfandegarias e de fronteira, com escopo de permitir aos *traders* submeter eletronicamente a documentação de importação para liberação da mercadoria antes de sua chegada, visando a aceleração do processo.

O artigo 8º trata da cooperação entre agências de controle de fronteiras, especificando atividades de diferentes agências de fronteira nacional quanto a importação, exportação e trânsito de transação ou compartilhamento de fronteira, envolvendo autoridades de fronteira, com escopo de promover a cooperação e controle de procedimentos de fronteira para facilitar o comércio e permitir que países com fronteiras entre si possam cooperar e acordar procedimentos para facilitar o comércio entre fronteiras. O artigo 9º se refere à movimentação de mercadorias para importação sob controle alfandegário, tratando especificamente dos bens importados chegam na autoridade alfandegaria (ex. porto ou aeroporto) para entrega em destinação no mesmo país onde será desembaraçado, envolvendo assim as autoridades alfandegarias com e escopo de tratar a movimentação de bens de uma autoridade alfandegaria para outra dentro do mesmo território. O artigo 10 trata das formalidades relacionadas à importação, exportação e trânsito, bem como requisitos de documentação, envolvendo todas as agências de fronteira, com escopo de levar os membros a rever formalidades e documentação periodicamente visando a simplificação, e fazer com que a documentação e requerimentos sejam eficientes e rápidos e que não sejam adotadas soluções restritivas. O artigo 11 trata da liberdade de trânsito, envolvendo as autoridades alfandegarias, o Ministro dos Transportes e outras agências de fronteira, com escopo de promover a regulação e formalidades de trânsito visando a eliminação ou redução da restrição

no trânsito, através da limitação de cobranças impostas ao trânsito por procedimentos administrativos similares.

Por fim, o artigo 12 trata de cinco modalidades de medidas para facilitação do comércio internacional relativas à cooperação entre autoridades alfandegárias. A primeira se refere os bens em trânsito e balsas de transporte, envolvendo autoridades alfandegarias, o Ministro dos Transportes e outras agências de fronteira, visando o tratamento anterior ao trânsito no sentido de que um membro não tratará as mercadorias que passarão em trânsito pelo território de outro membro para o destino final menos favoravelmente do que se as mercadorias fossem enviadas para o destino sem passar pelo território desse outro membro. A segunda se refere ao procedimento de trânsito em autoridades alfandegarias e controles, envolvendo autoridades alfandegarias e o Ministro dos Transportes para discussão de medidas relativas ao processamento e controle dos movimentos de trânsito, em que membro além de ser incentivado a criar faixas separadas para bens em trânsito, deve permitir declaração de pré-chegada, não deve exigir documentação ou controles adicionais além daqueles necessários para identificar os bens e assegurar a conformidade do transporte, não deve realizar cobranças ou realizar inspeções além das realizadas nos pontos de partida e chegada, não deve exigir documentação ou controles adicionais além daqueles necessários para identificar os bens e assegurar a conformidade do transporte, não deve realizar cobranças ou realizar inspeções além das realizadas nos pontos de partida e chegada, não deve aplicar regulações técnicas e avalição de conformidade dos bens em trânsito, deve encerrar a operação de trânsito assim que os bens cheguem ao ponto de saída e os requisitos sejam cumpridos. A terceira diz respeito às garantias requeridas por autoridades alfandegarias em conexão com operações de trânsito, envolvendo as autoridades alfandegarias, para tratar de qualquer garantia que a autoridade alfandegaria possa solicitar para a movimentação de trânsito, devendo estar limitada a garantir que os requerimentos de tráfico estão atendidos, ser liberado pela autoridade tão logo concluído o trânsito e devendo ser abrangente para os mesmos operadores ser renovada pelo *trader* a partir de então, bem como tratar de informações sobre como as garantias são definidas e disponibilizadas ao público. A quarta se refere à promoção de acordos e coordenação de questões de trânsito no nível regional e bilateral, envolvendo autoridades alfandegarias, o Ministro dos Transportes e agências de fronteira visando a cooperação para a liberdade de trânsito e a indicação de um ponto focal nacional para o endereçamento de questões e propostas relativas ao tema. Finalmente, a quinta trata da troca de informações entre autoridades alfandegarias para verificação de declaração de mercadorias, objetivando que um membro deve fornecer ao outro, mediante solicitação, e sujeito

a condições, informação e documentos relacionados a declarações específicas de importação ou exportação.

5. As boas perspectivas do TFA para o sistema comercial internacional

Czapnik(2015) enumera seis aspectosque tornam o TFA inovador quando comparado a outros instrumentos da OMC, sendo todos os aspectos, a exceção do sexto, relativos aos países em desenvolvimento, atendendo de certa forma parte da missão da organização[210]: 1. A obrigação legal de implementar as medidas da primeira seção está condicionada à aquisição de capacidades; 2. a flexibilidade para decidir a extensão e o momento de implementação do TFA; 3. a possibilidade de efetivar a auto designação após a assinatura do TFA; 4. A possibilidade de alterar unilateralmente a entrada em vigor ou introduzir modificações relacionadas às necessidades de assistência técnica; 5. determinação das obrigações legais dos países em desenvolvimento país por país e medida por medida; e 6. os compromissos específicos de todos os membros serão documentados por meio de uma série de notificações, em vez de cronograma único.

Enfim, o TFA é de fato o primeiro acordo multilateral no âmbito da OMC desde sua criação e uma tentativa de tornar evidente ao mundo como a governança global pode operar para beneficiar o comércio global. Com tal experiência, a OMC avançou além da discussão das tarifas para questões operacionais, que impactam significativamente nos custos de importação e exportação de mercadorias. A simplificação de procedimentos e medidas previstos na seção um do TFA certamente trará outros benefícios à sustentabilidade da economia global, como o acesso dos pequenos e médios empreendedores ao comércio internacional e benefícios para a luta global contra a corrupção, especialmente através do princípio da transparência expresso em suas disposições, sendo esperados ganhos econômicos na ordem de 15% para o comércio internacional.

Como ressalta Finger[211], o TFA é um acordo que privilegia a demonstração da virtude da transparência pelos membros da OMC. O TFA está baseado no princípio da transparência ao constituir regras de abertura e uniformização para políticas, medidas e informações que tratam da entrada de bens e mercadorias nos países, com a ampla visão de promover a simplificação e harmonização dos procedimentos de comércio internacional.[212]Assim, impacta no desenvolvimento, na boa governança, na promoção e preservação da vigência da lei, acabando inclusive por promover a transparência no âmbito

[210](CUNHA, 2014, p. 1271-1273)
[211](FINGER, 2014, p. 1284)
[212](ELIASON, 2015)

nacional, enquanto promove a transparência na governança global.O fato é que a simples leitura dos 12 artigos da primeira seção um revela que a transparência é amplamente reconhecida como um elemento essencial da facilitação do comércio nas medidas e procedimentos de fronteiras e alfandega, sendo assim um dos pontos de partida para garantir a eficiência ea estabilidade de um ambiente baseado em regras para mercadorias que atravessam fronteiras entre países membros. Assim, o princípio da transparência é de importância fulcral para o TFA e certamente contribuirá não somente para a redução de custos do comércio internacional, colaborando para sua sustentabilidade.

6. Reflexões finais

Adotado em 2013, o TFA que teve vigência a partir de 2017, notabilizou-se como o primeiro acordo multilateral da OMC, objetivando incrementar a competitividade no comércio internacional através da redução da burocracia em operações principalmente de fronteira. O instrumento prevê uma série de medidas de cunho operacional relacionadas a práticas alfandegarias e de fronteira que podem proporcionar a redução das *red tap e* em torno de 15% no âmbito do comércio mundial.

O TFA tem a transparência como sua espinha dorsal, informando a quase totalidade das ferramentas, mecanismos e procedimentos que traz previstos em seu bojo. E assim, ao ampliar o controle sobre as taxas e cobranças, aumentará o controle sobre a classificação de bens e promoverá a otimização das transações alfandegarias e de fronteira, cumprindo um importante papel no sistema comercial internacional em prol da liberalização do sistema comercial internacional, o objetivo maior da OMC.

7. Referências

AYOKI, M. Special and Differential Treatment of Developing Countries in the WTO Agreement on Trade Facilitation: Is there a cause for optimism?Muenchen University. Muenchen. 2018. (Working Paper Muenchen University MPRA n. 87592).

CUNHA, L. P. **O Sistema Comercial Multilateral e os Espaços de Integração Regional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CUNHA, L. P. O fracasso do Doha Round e a questão do desenvolvimento. **Boletim de Ciências Econˆmicas**, Coimbra, 2014. 1267-1300.

CZAPNIK, B. The Unique Features of the Trade Facilitation Agreement: A Revolutionary New Approach to Multilateral Negotiations or the Exception Which Proves the Rule? **Journal of International Economic Law**, 2015. 773-794.

ELIASON, A. The Trade Facilitation Agreement: A New Hope for the World Trade Organization. **World Trade Review**, 2015. 636-670.

FINGER, J. M. The WTO Trade Facilitation Agreement: Form without Substance Again? **Journal of World Trade** , 2014. 1279-1287.

FLORES, R. O fim da OMC? **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, LVII , n. (II), 2014. 1479-1500.

GRAINGER, A. The WTO Trade Facilitation Agreement: consulting the Private Sector. **Journal of World Trade**, 2014. 1279-1288.

MAGALHÃES, N. Comércio mundial tem maior avanço desde a crise financeira de 2008. **Estadão**, 25 julho 2018.

MESQUITA, P. E. D. **A Organização Mundial do Comércio**. Brasília: Funag, 2014.

NEUFELD, N. **Implementing the Trade facilitation Agreement: from Vision to Reality**. WTO. Geneve. 2016. (Working Paper ERSD-2016-14).

THE TRADE FACILITATION AGREEMENT FACILITY. TFAF. **TFAF**, 2019. Disponivel em: <https://www.tfafacility.org/trade-facilitation-agreement-facility>. Acesso em: 20 janeiro 2019.

VANGRASSTEK, C. **History and Future of the World Trade Organization**. Geneve: WTO, 2013.

WTO. Understanding the WTO, Geneve, 2015.

WTO. **World Trade Report 2015:** Speeding up trade: benefits and challenges of implementing the WTO Trade Facilitation Agreement. Geneve: WTO, 2015.

WTO. **World Trade Statistical Review 2018**. Geneve: WTO, 2018. 209 p.

WTO. 10 things the WTO can do. **10 things the WTO can do**, Geneve, p. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm., 2019. Disponivel em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/10thi_e/10thi00_e.htm>. Acesso em: 10 janeiro 2019.

WTO. Who we are. **Who we are**, 2019. Disponivel em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm>. Acesso em: 11 janeiro 2019.

A centralidade do poder judiciário em detrimento do legislador: uma visão crítica do ativismo judicial

A centrality of judicial power in determination of the legislator: a critical vision of judicial activism

Francivaldo Gomes Moura[213]
Universidade de Campina Grande

Sumário: 1. Introdução. 2. Limites e perspectivas do ativismo judicial. 3. Efeitos na tripartição dos poderes. 4. A política na sociedade em rede e ativismo judicial. 5. Considerações finais 6. Referências.

1. Introdução

O texto se baseia na leitura de recentes referências da doutrina constitucional ao denominado de judiciário ativo. Nosso objetivo é avaliar os possíveis conteúdos do ativismo judicial e apresentar posicionamento sobre sua função no âmbito da teoria da divisão de poderes.

O rótulo "ativismo judicial" gera controvérsias. Há adeptos incondicionais dessa corrente, críticos que reconhecem certas vantagens, contudo, porém entendem que deve haver um papel moderador ao poder judiciário.

A atualidade e a onipresença da constituição e a constitucionalidade do direito nos debates modernos estão a indiciar a importância do tema do ativismo judicial e do reconhecimento da força normativa da constituição em que atividade jurisdicional adquiriu nova força.

No que diz respeito à metodologia, o método de abordagem será o dedutivo e a técnica de pesquisa será a pesquisa bibliográfica em livros, dissertações, artigos e sites com o objetivo de colher informações sobre o ativismo judicial.

A técnica elaborada a partir das contribuições da ciência e da tecnologia a serviço da modernização dos poderes, de maneira a demonstrar que o poder judiciário não pode ganhar centralidade em detrimento do legislador.

Assim sendo, possui o objetivo de trazer a presente discussão acerca do super-fortalecimento do judiciário como guardião da constituição pode acarretar abusos e desequilíbrios.

[213](Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UniversidaddelMuseo Social/professor do programa de pós graduação do CCTA/UFCG e a vinculado à Unidade Acadêmica de Direito da Universidade Federal de Campina Grande).

2. Limites e perspectivas do ativismo judicial

A tríade constituída pelo movimento do liberalismo, desde os pensamentos de Locke até a concretização da teoria por Montesquieu quando da criação da teoria da tripartição dos poderes do Estado composta por três funções de poderes: executivo, legislativo e judiciário. No íntimo da concepção dessa teoria havia a intenção de se evitar quaisquer tipos de hegemonização do poder por parte de qualquer agente estatal, a fim de que se pudesse alcançar um *status* de equilíbrio entre os poderes e supremacia da igualdade entre as pessoas, afastando de pronto todo e qualquer ato de poder que formasse um comportamento autoritarista por parte do Estado e de seus agentes, ou seja, promovendo o equilíbrio e balanceamento de forças entre as funções estatais.

A teoria da separação de poderes, assim, consiste na divisão de tarefas e controles das outras funções em balanceamento apropriado, visando, pois, evitar a ingerência de um poder em outro, a fim de que possa exercer o controle contra abusos ou ilegalidades, trata-se, aqui, de técnica de repartição de competência entre órgãos públicos independentes um dos outros.

O judiciário, nesse panorama, é última trincheira onde a sociedade civil encontra abrigo e possui, destarte, a função de poder moderador porque atua na defesa da ameaça ou violação a direitos, desde os direitos mínimos de subsistência, aos direitos de participação democrática nas eleições livres, ou seja, na constitucionalidade das leis e na efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro da estrutura do processo evolutivo da sociedade contemporânea.

Fazer afirmações iniciais reconhecendo a importância do debate sobre o ativismo judicial não significa, aceitá-lo como orientação teórica. Muito menos silenciar os problemas e incertezas porque o conteúdo do ativismo não é claro. Em assim sendo, o papel e o poder do hermeneuta deve ser limitado como tal. Eis a inquietude provocada por decisões das mais diversas, em fundamentos e dispositivos, bem com saber quais as consequências que isto acarreta na entrega da prestação jurisdicional e na segurança da divisão de poderes.

3. Efeitos na tripartição dos poderes

As constituições escritas proliferaram-se nos Estados sendo vistas no recorte institucional como sendo superiores a legislação ordinária, dotadas, assim, de supremacia e de plena juridicidade. Cabe visualizar o ativismo judicial nas constituições dentro do contexto da separação dos poderes.

O poder é uno conquanto tem suas funções harmônicas e independentes entre si. Claramente que não há separação dos poderes, apenas de funções estatais, segundo a clássica divisão entre as funções legisladora, executiva e judiciária.

Nas palavras de Guerra (2013, pg. 182):

> De igual sorte, a expressão "tripartição dos poderes" não se encontra atual, tornando-se pratica, bastante imprecisa. Sendo uno o poder estatal, devem-se considerar divisíveis tão

> somente suas funções. Assim, temos as funções de legislar, administrar e julgar, não sendo, entretanto, cada qual específica de um "poder", mas típicas e atípicas em relação aos determinados órgãos que representam o aparato estatal. Isso se dá, sobretudo porque os poderes são constituídos formal e substancialmente pela constituição.

Dallari (2007, pg. 221), corrobora:

> A primeira crítica feita ao sistema de separação dos poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado (...) mesmo onde a constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intenção interpenetração. (...) é necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.

Desta forma, a interpenetração acima citada é necessária para que haja a governança da sociedade por parte dos órgãos estatais, respondendo estes às demandas daquela, as quais são sempre crescentes e complexas.

Com o advento do Estado moderno e com a estabilização das constituições e dos diplomas escritos que efetivaram e deram força aos direitos fundamentais ante o poderio que o estado tinha sobre as pessoas, enfim houve concretização do constitucionalismo.

Mister que a tripartição dos poderes se faça necessária, a fim de garantir atuação limitada pelos órgãos estatais. Pois bem, é aqui que reside o ponto fulcral sobre o qual o presente trabalho se coloca: a necessária limitação da interpenetração entre as funções estatais, sob pena de hipertrofia de algum órgão em detrimento de outro, e o consequente desequilíbrio da balança do poder.

Desse modo, pondera Baum (1985, pg. 328):

> ...os sistemas políticos-jurídicos atuais não são capazes de evitar choques entre os poderes e muito menos de evitar repercussões indesejadas. Principalmente, nos países que adotam o sistema presidencialista de governo em razão da tendência natural de hipertrofia do poder executivo.

Como o modelo brasileiro foi espelhado no norte-americano que o controle do poder é realizado pelo sistema de freios e contrapesos, os poderes/funções estatais estão em constante conflito. Além do fato de ser uma democracia jovem, na qual as instituições não amadureceram o suficiente, e também um país de desenvolvimento tardio.

Em países de "desenvolvimento tardio", nas palavras de LênioStreck, tais fatores contribuem para que as forças atuantes no poder estatal se digladiem em busca de autoafirmação do seu poderio. Por vezes se veem as disputas de poder e as quedas de braço institucionais entre a Suprema Corte e o Congresso Nacional, ou entre este e o chefe do executivo nacional.

A resultante disso seja e o é o ativismo judicial trazido para o sistema de controle e para o principio/teoria da separação dos poderes. Ao passo que uma atuação ativa das instancias judicias menospreza principalmente o poder legislativo, faz com que se desloque o centro do poder estatal

e popular do legislativo para o poder judiciário que em sua concepção histórica e estrutural não tem substrato popular, afastando-se dos representantes, alterando, pois, a estabilidade democrática.

Reafirmando-se que não se quer retirar o protagonismo e a vanguarda alcançada através da evolução da jurisprudência, mas no compasso em que andam as instituições jurídicas e democráticas nacionais, a falácia "o direito é o que os tribunais dizem e não o que há na lei", irá se torna de fato uma sentença verídica.

Colocações dantes defendidas por parte significativa da doutrina, a qual hoje acende um alerta de preocupação com o ativismo judicial, em especial o da Suprema Corte, por refletir em todo o ordenamento a sua atuação. Sendo tal chamamento feito também nas palavras de Guerra (2013, pg. 192):

> Aqui, caberia ao primeiro o alerta de entronização do judiciário feita por Maus, em que a sociedade transfere todo o ônus moral convencional dos mais significativos dilemas ao tribunal constitucional, que passa a ser o "superego" dessa sociedade, que, por sua vez, resta infantilizada, pois se a justiça a ascende própria à condição de mais alta instancia moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.

Registra-se ainda que o constitucionalismo contemporâneo como posto requer uma produção ativa do judiciário a partir do *judicial review*. Mas tal necessidade não pode gerar o ativismo que ora se combate ao ponto de os instrumentos políticos não serem mais capazes de controlar o ímpeto revolucionário dos julgadores e membros do judiciário. Nenhuma solução que não passe pelo crivo democrático poderia ser aceitável e estável.

A magistratura sem limites ou extrapolando suas competências constitucionais com fortalecimento do judiciário em detrimento do espaço reservado ao legislador pode acarretar abusos e incoerência ao sistema, por acreditar que a lei e a política são elementos inseparáveis, então é essa magistratura que atua com ativismo, poder criativo dos aplicadores do direito, enfim que cria direito ao caso concreto.

4. A política na sociedade em rede e ativismo judicial

Como nas palavras de Aristóteles "o homem é um animal de natureza política", a política, portanto, é indissociável do homem quando vive em sociedade. E diferente hoje não seria, com toda a quantidade de informação a quese tem acesso, possa-se dizer que, mais do que nunca, vivendo uma sociedade totalmente interligada e enlaçada por um emaranhado de conexões que são inerentes ao processo de informatização.

Desta forma, as informações são compartilhadas em rede numa miríade de conexões, há de se encontrar uma forma de atuação diversa de política na sociedade do conhecimento e da informação. Pode-se asseverar que a política e o sistema representativo estão, em grande medida, desconectados da realidade das sociedades abertas e complexas da quadra hodierna.

E com o acesso a todas essas informações vê-se que ocorre um processo de politização direta, vale dizer, sem necessidade de intermediários - partidos ou dos sindicatos- onde o cidadão exerce seu poder diretamente sem necessidade dos representantes, a sociedade contemporânea fala diretamente. Pesquisas apontarem no sentido de aversão aos instrumentos de políticas tradicionais, porém as pessoas passam a cada vez mais discutirem política no cotidiano e em suas interações sociais.

Ampla é a discussão provocada pelos últimos acontecimentos no Brasil, citem-se as últimas eleições, a operação Lava Jato, o impeachment recente, dentre outros. Que acarretaram numa forte mobilização social, a qual através das redes tecnológicas e informacionais se potencializaram de forma estrondosa. Nesta discussão que é trazida com esse boom informacional, o que se relaciona com a política e seus instrumentos tradicionais é apenas um ditame seguido por quase toda a massa populacional: a falta de moralidade que hoje se encontra contaminando o sistema político tradicional.

O que se pretende com tais colocações e o chamamento a tal discussão, acerca dessa sensação geral que assola a sociedade, o fenômeno da influência da moral na interpretação do texto constitucional pelo Poder Judiciário parece ser um dos fatores a contribuir sobremaneira para potencialização do ativismo judicial que ora se discute.

Com esse processo de desmoralização da política junto à sociedade, este por sua vez procurou atrelar a moral a outra instituição, que se responde com mais firmeza e rapidez aos anseios das vontades da sociedade. E como no ordenamento jurídico brasileiro, a função judicante tomou considerável relevo, tanto pelas suas funções usuais da jurisdicionalidade, quanto pela teoria aplicada aqui do *judicial review*.

Construção interessante é feita por Soares (2010, pg. 11):

> Combinação da crescente procura por solução judicial, como resultado do enfraquecimento das instituições políticas. O elemento novo que podemos recolher em Antoine Garapon (1999) é o controle da moralidade política pelo Judiciário. A moralidade passa a ser um dos elementos que explicam a falta de confiabilidade nas instituições políticas e o aumento da procura por soluções judiciais. Assim, temos a terceira hipótese: o ativismo judicial permite que a sociedade exerça maior controle da ética na política.

Destarte, a instituição da nova ordem constitucional do Brasil e a elevação da moralidade a princípio/norma de obediência vinculativa, entrou então para a órbita do controle jurisdicional os atos discricionários da administração. Os quais agora além de terem de observar a legalidade, também o farão conforme a moralidade, possibilitando *o judicial review* também segundo a imoralidade ou não do ato impugnado.

Em âmbito brasileiro, a jovialidade do sistema constitucional e a maturação ainda incompleta das instituições fizeram com que a presença do ativismo judicial gere ingerência nos

poderes políticos, conquanto se provoca aversão dos prejudicados por solapar os instrumentos democráticos dos poderes constituídos em nome da efetivação e modernização do direito.

5. Considerações finais

Na construção do direito em geral e da decisão em particular tem peso notável o ativismo judicial, essa construção neste trabalho teve intuito vislumbrar a tendência do agigantamento do poder judiciário, então movimento há muito discutido nos ordenamentos constitucionais modernos e contemporâneos. E pelo momento em que passam as democracias constitucionais ocidentais a discussão não poderia ser mais hodierna.

A instabilidade econômica em que o mundo mergulhou desde a crise de 2008/2009, as transformações nos meios de acesso a informação, a tecnologia que aproximou as massas, a derrocada do crédito, do sistema e dos instrumentos democráticos, a escalada da violência e do direito voraz da maioria, o choque de poderes entre as instituições, são fatores que influenciam por demais o sistema jurídico vigente, colocando em xeque a estabilidade social e institucional das democracias e de seus valores.

Quiçá ao fato da crescente descrença com os demais setores que compõem o poder do Estado, assim coube ao Poder Judiciário realizar a tarefa e o dever de ser provedor de toda a *pax* social. Este fenômeno pode se tornar prejudicial à autonomia dos poderes que é inerente à democracia constitucionalista quando o judiciário atue no ativismo judicial.

Com o momento de asseverada crise que passam todos os setores da sociedade, a sobreposição de um dos poderes formadores do Estado sobre os demais pode guiar o Estado, se não houver controle, a uma ditadura judicial. Onde só valeriam as decisões judiciais, podendo-se por vezes utilizar-se de palavras de ordem como: hoje o direito não mais é a norma escrita, mas sim o que é dito pelos tribunais, cada qual com sua interpretação.

O campo fértil e hábil para travarem-se batalhas para criação legislativa legitimada é a política. A política e não os tribunais que detém o poder de dizer e conferir voz aos anseios sociais, decerto que o ativismo sem rédeas sê-lo pernicioso à sociedade e a democracia.

6. Referências

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2009. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdfAcesso em: 10 de julho de 2018.

BAUM, Lawrence. A Suprema Corte Americana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria do Estado. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKING, Ronald. O império do direito. Tradução: Jeferson Luiz Camargo; 2ª ed. Editora Martins fontes. Sao Paulo, 2007.

FEREJOHN, John. Judicializing, politics, politicizing law. 2002.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8ªed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GUERRA, Gustavo Rabay. Ativismo judicial em movimento: direito e política na paisagem constitucional e seus reflexos na cidadania. In: Leite, George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição, política e cidadania – em homenagem a Michel Temer. Porto alegre. GIW editora. 2013.

SOARES, Jose de Ribamar Barreiros. Ativismo judicial no Brasil: o supremo tribunal federal como arena de deliberação política. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. 2010. Disponível em: bd.camara.gov.br Acesso em: 06 de julho de 2018.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791Acesso em: 10 de julho de 2018.

STRECK, LenioLuis. DOSSIÊ RONALD DWORKIN. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy? Revista Direito e Práxis. Vol. 4, n. 7, 2013.

Direitos reprodutivos e a gestação de substituição

Reproductive rights and surrogacy

João Proença Xavier[214]
Universidade de Salamanca

Sumário: 1. Contexto europeu e as novas tecnologias reproductivas. A problemática da gestação de substituição. 2. Conclusão. 3. Referências.

1. Contexto europeu e as novas tecnologias reproductivas. A problemática da gestação de substituição

Chama-se maternidade subrogada ou de substituição, aquela que se origina por gestação de um ser humano no útero de uma mulher, em nome e por comissão ou encargo de outra mulher a quem se entregará o|a recém nascido|a como mãe própria.[215]

No entanto, mesmo os autores que se revelam bastante pródigos no momento de traçar contornos aos direitos reprodutivos parecem exigir qualquer tipo de conexão genética. Para a Professora de Direito vera Lúcia Raposo: *"Segundo cremos, a figura do direito reprodutivo implica, cumulativamente, a intenção de transmitir material genético e de estabelecer com a criança um laço jurídico de filiação, de forma a assumir os respectivos encargos. Quando exista apenas a primeira dimensão estamos em presença do direito de dispor do próprio corpo e do respectivo código genético; caso só exista a segunda estamos em presença do direito a constituir família. Nenhum deles se confunde com o direito reprodutivo, embora este seja uma das múltiplas dimensões do direito a constituir família."*[216]

---

[214] Postdoctoral Research Scientist - "Derechos Humanos en Perspectiva Comparada Brasil España". Universidade de Salamanca - Fundación General da Universidade de Salamanca / CEB - Centro de Estudios Brasileños da Universidade de Salamanca. Professor Doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca - Integrado no CEIS 20 Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX – UNIVERSIDADE DE COIMBRA – Portugal - Investigador na área dos Direitos Humanos / Direito COMPARADO/ Medicina da Reprodução /Direito Biomédico / Políticas Públicas e Direito da Saúde. Instituições: UNIVERSIDADE de COIMBRA – Portugal - joao.xavier@uc.pt | UNIVERSIDADE de SALAMANCA - Espanha - joao.proenca.xavier@usal.es. Membro Fundador do OEHD – Observatório Especializado dos Direitos Humanos do Conselho Regional da Ordem dos Advogados de Coimbra; ADVOGADO EUROPEU com Insígnia do Ilustre Colégio de Abogados de Salamanca – Espanha. Membro da spmr - sociedade portuguesa de medicina da reprodução e membro fundador da aconsultiip – associação de consultores de investimento e inovação de portugal.

[215] Ver: González Morán L. *"De la Bioética al Bioderecho…"* pág. 672.

[216] Ver: Raposo, V. L. in, *"Direito à imortalidade…"* pág. 162 in fine: Ver tambem Raposo, V. L. op. cit.: (Roberttson, J. "Genetic Selection of Offspring Characteristics", B.U Law review, 76, 1996, pág. 438) *"É o caso de Robertson que, ao discutir se a clonagem deve ou não ser inserida no contexto doa direito reprodutivos, restringe a sua aceitação aos casos em que a pessoa que se quer reproduzir réplica os seus próprios genes."*

Joan Bestard Camps, Professor da Universidade de Barcelona, explica a este propósito o significado de ter "*uma descendência própria"*, defendendo que "próprio" significa várias coisas, sendo que o contexto do tratamento define o significado desta relação: 1- Relacionado geneticamente, 2- Tê-lo dado à luz, 3- Tê-lo gestado durante a gravidez.

Para este Antropólogo, "*próprio" "significa principalmente uma relação biológica de algum tipo."* Portanto, defende, que na nossa cultura de autoconhecimento é fundamental para o desenvolvimento da identidade, na qual se inclui o conhecimento sobre as origens genéticas e sobre a paternidade biológica. Esta intenção comprova-se com a representação de diagramas e árvores genealógicas e pela ideia de continuação da descendência familiar. Para Bestard Camps: *"A relação básica é uma relação biológica, as outras são uma metáfora entre elas (os padrinhos, os filhos adoptados, os padrastos). No entanto, dadas as possibilidades de doações* (dações) *de gâmetas nas técnicas de reprodução assistida se incluem novas "ficções" e novos significados para o "próprio".*[217]

Para este autor (onde a cultura tem a sua própria natureza), o processo reprodutivo réplica no microcosmos do indivíduo esta cosmologia moderna da natureza (onde): *"os pais têm os seus próprios filhos"…"E estes parecem-se com os seus pais e durante o processo da infância desenvolvem alguns aspectos da sua natureza que os tornam diferentes e individuais. Para isso, é fundamental a interacção, ou melhor, a relacção que se estabelece entre país e filhos, a relação do "dia a dia "de que falam os nossos estudiosos, uma relação não só baseada na "natureza", mas também na "criança".*[218]

No mesmo sentido, como Vera Lúcia, entendemos que falamos aqui do direito a ter filos e não da obrigação de os ter, diferentemente das teorias italianas do período da II Guerra Mundial de Mussolini, que cobrava impostos a todos os que não queriam ter filhos, argumentando que o crescimento populacional enriquecia a Pátria e era dever imperativo Nacional de todo o cidadão. De acordo com a Professora de Coimbra destacada em Macau, *"também não nos solidarizamos"* com a doutrina oficial da Igreja que considera que a procriação é um dever conjugal, elevado a ser o motivo principal e primeiro do casamento católico.

Luis González Morán, chama a atenção para a pluralidade terminológica utilizada para denominar esta figura: *"maternidade subrogada", "maternidade por substituição"," gestação subrogada", "gestação de susbstituição", "mãe de aluguer" o "madre portadora" "chegando a chamar-se "barriga ou ventre de aluguer".*

No artigo 10 das Leis Espanholas 35/1988 e 14/2006, determina-se que: *"será nulo el contrato…"*, ver: (Artículo 10.) Gestación por sustitución *"1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el*

---

[217] Cit.: Bestard Camps, J. *"Tras la Biología – La moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción"*,Ediciones de Universidad de Barcelona, Barcelona 2004, pág. 30 y 31.
[218] Véase: Bestard Camps, J. *"Tras la Biología –*…, pág. 32.

que se convenga la gestación…"(e na Lei Española Actual da PMA),[219] no mesmo sentido da Lei Portuguesa de PMA (Lei 32/2006), vejamos o :

Artigo 8.º (Maternidade de substituição):*"1— São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. 2— Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. 3— A mulher que suporta uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer."*[220]

Em Inglaterra na Acta de Acordos ou Disposições de Sub-rogação de 1985 não se proíbe a maternidade de substituição, no entanto condena-se a negociação de tais acordos com o fim lucrativo, conforme indica a Lei inglesa: (Human Fertilisation and Embryology Bill) de 1 de Novembro de 1990 (Act) Meaning of "mother".[221]

Na Alemanha, a Lei alemã de 13 de Dezembro de 1990 indica num parágrafo único:[222] (Tradução nossa):

1. Será sancionado com pena privativa de liberdade de até três anos ou com pena de multa quem: 1) Proceder a transferir para uma mulher... A Lei alemã de protecção do embrião, n. 745/90 de 13/12/90[223] estabelece que:

Na Alemanha ficam sem sanção os comitentes destinatários, a gestante, atribuindo-se as sanções de carácter penal, exclusivamente aos profissionais médicos/clínicos que executem as técnicas.

Na França, a Lei francesa 94-653 prevê sanções penais para quem "faça a mediação" entre pessoa ou casal que queira ter um filho|a e uma mulher que autorize ter uma gravidez a "pedido" e venha a "devolver o filho" ao final…

Na Grécia, a Lei grega 3089/2002 de 23 de Dezembro sobre PMA, estranhamente em nosso entender, autoriza a maternidade de sub-rogação, mas sujeita esta opção a garantias muito

---

219 Véase: Art. 10 de La Ley 14/2006.

220 Ver: Sobre este asunto a opinião de González Moran, *"De la Bioética al Bioderecho…"cit.* pág. 672 Y 674 in fine: *"quiere ponerse en evidencia que, si a pesar de la calificación jurídica de dicho contrato, éste se realiza al menos en su aspecto material, no tendría efectos: es decir, que los comitentes no estarían obligados a entregar a la gestante el precio convenido, si lo hubiere habido, ni la gestante estará obligada a entregar al hijo nacido. De ahí que la filiación será determinada…"* Para este autor: *"Así firmada la nulidad de este contrato, entiendo que no tiene mayor trascendencia encasillarlo dentro de los negocios tipificados en nuestro Ordenamiento, como hacen con diversa fortuna los autores, que suelen calificarlo jurídicamente o como un contrato de arrendamiento de obra entre el médico, la mujer, la madre y la madre gestante, o un contrato de arrendamiento de servicios o un contrato de alquiler en el que lo que se alquila es el vientre la gestante."*

221 Sobre este assunto a opinião de González Moran *"De la Bioética al Bioderecho…"cit.* pág. 674 in fine: *"presunción legal de maternidad"* (…) "*y en el art. 30.1 y b* (dista ley inglesa) *prevé la posibilidad de que un tribunal pueda determinar la paternidad legal del matrimonio o de la pareja que hayan recurrido a esta técnica reproductiva. Y en artículo 36* (de la misma ley) *modifica la Ley de acuerdos de Subrogación de 1985: "Ningún acuerdo de subrogación podrá ser ejecutado coactivamente por o contra ninguna de las personas participantes."*

222 Alemanha: Lei de protecção do embrião, n. 745/90 del 13/12/90.

223 ttp://www.cgajdh.salud.gob.mx/descargas/rh/03_sistema_regional_europeo/01_consejo_de_europa/CE001.pdf (Consultada en 20/08/2015).

restritivas: comprovada esterilidade da mulher comitente (requerente), provas da boa saúde da mulher gestante, autorização judicial com acordo escrito entre todas as partes em que cabe o consentimento escrito do marido da mulher gestante se esta for casada, etc…[224]

Para o meu querido "Mestre", o Jubilado Professor Catedrático de Direito da Família e Sucessões da Universidad de Coimbra, Guilherme de Oliveira, autor de entre outros fantásticos escritos sobre Bioética, da "polémica" obra de início dos anos noventa, *"Mãe só há uma (duas)! O contrato de gestação"*, nas palavras da sua orientada S. M. Magalhães, cit.: *"O assunto está rodeado de melindres e frequenta com assiduidade a abordagem jurídica."*[225]

Até então, a maternidade estava exclusivamente associada e determinada pelo fenómeno do parto, sendo a adopção a única excepção jurídica a esta realidade…[226]

No entanto, diferentes ordenamentos têm vindo a decidir de forma diferente, veja-se o famosíssimo caso do "Bebé M" de 1987, onde o casal Stern, Elisabeth e William, realizaram um contrato de gestação com Mary Whitehead e o seu marido Richard, onde a mãe de substituição (de aluguer), neste caso Mary, abdicava de todos os direitos de maternidade sobre a criatura nascida de inseminação artificial, a favor do casal Stern, estes seriam responsáveis por todos os encargos e ainda deveriam pagar à mãe portadora (do seu "filho|a") o valor de cerca de 10.000$ dólares… Após muitas peripécias, o New Jersey Supreme Court, decidiu em 1988 que a filha entretanto nascida nestas circunstâncias, ficaria com aqueles que tivessem melhores condições para cria-la, e no final o Tribunal chegou á conclusão que a criança ficaria com o casal Stern.[227]

Nos Estados Unidos da América (EUA)[228] indica Neves Barbas, que cito: …*"em 1983, um homem "alugou" por 10.000 dólares o útero de uma mulher casada (com o consentimento do marido desta) para nele fazer implantar um óvulo fecundado com o seu esperma. O contratante determinou que durante um mês a mulher*

---

224 Em sentido conexo, Neves Barbas, S. M., *"Direito ao Património Genético*… nota de rodapé pág. 197, *"A Lei Mesopotâmica, Código de Hammurabi, embora favorável à monogamia, autorizava o marido, no caso de uma mulher ser estéril, a ter relações sexuais com outra mulher com intuito procriativo, ou dava à mulher estéril a faculdade de oferecer ao marido a sua própria escrava para que tivesse filhos. Segundo aquele Código, o filho da escrava ficava excluído da herança."*

225 Magalhães, Sandra Marques, *"Aspectos sucessórios da procriação."* Nota de rodapé pág. (80)

226 De Oliveira, Guilherme, *"O Direito Civil em face das novas técnicas de investigação genética"…, pág. 157.*

227 Oliveira, Guilherme, *"Mãe há só (uma) duas! O contrato de gestação...* pág. 94.

228 Sobre a distinta posição americana: Neves Barbas, S. M., *"Direito ao Património Genético"*…pág. 150, onde indica que nos EUA foram fundadas várias associações de parentalide de subrogação, cit.: *"Nacional Center for Surrogate Parenting (N.C.S.P.), em Washington, …"Infertility Center of NewYork",* em NovaYork,…*"Surrogate Parent Foudation" (I.N.C.)* na Califórnia.*"* Consultar também Magalhães, Sandra Marques, *"Aspectos sucessórios da procriação."* … pág. 50 cit.: *"No Brasil não há vedação legal (formal) expressa à maternidade de substituição, e a prática vem sendo realizada por clínicas de reprodução assistida com amparo no que dispõe a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, cujo item VIII a admite (com o nome de "gestação de substituição" ou "doação temporária de útero"), contanto que a "doadora temporária do útero" o faça de forma gratuita e pertença à família da "doadora genética" em parentesco até o segundo grau."*).

Ver neste mesmo sentido, um autor que critica a Lei Española de PMA, por não ser mais liberal com a posibilidad destes casos especiais consederem "autorización" de la maternidad de sustitución: Lacadena, Juan Ramón, "La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida: consideraciones científicas y éticas"en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 24, 2006, pág. 168: *"verdaderos casos de altruismo cuando una mujer no tiene útero pero sí ovarios y otra (una hermana, por ejemplo) se ofrece a gestar los embriones producidos por una fecundación in vitro"*…

não pudesse manter relações sexuais. Após o nascimento da criança, verificou-se que era mongolóide. O pai biológico não só se recusou a pagar o preço acordado, como também, a receber o bébé. A mãe de substituição, por sua vez, não quis a criança."[229]

De Acordo, com o Principio 11 da Resolução do Parlamento Europeu de 16/03/1989, sobre Fecundação Artificial *In Vivo* e *In Vitro,* nas palavras da Investigadora de Coimbra que também aqui cito: *"…é de opinião que qualquer forma de maternidade de substituição é, em geral, de rejeitar: a mediação comercial com mães hospedeiras deve ser sujeita a sanções e devem ser proibidas as empresas que exerçam tal actividade, bem como o comércio de embriões e gâmetas."*[230]

Em Portugal, a Proposta de Lei Portuguesa sobre Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, Lei nº 135/VII de 1 de Agosto de 1997, proíbe a maternidade de substituição e determina a nulidade do negócio jurídico, seja gratuito ou oneroso, mais determina que a sua promoção por qualquer meio seja considerada crime…

O Artículo 1882.º do Código Civil Portugués, com a epígrafe (Irrenunciabilidade) postula que: *"Os país não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que elas especialmente lhes conferem, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção."*[231]

No mesmo sentido, na opinião da Mestre em Ciências Jurídico-Civilistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas e na opinião da investigadora também de Coimbra, Sandra Marques Magalhães se entende que cit.: *"…complexidade do tema gera tamanho desconforto que a tendência é a de não admitir a maternidade de substituição em nenhuma hipótese…"* Aqui a passamos a citar, com jeito de conclusão crítica deste capítulo, uma vez que se aplica igualmente às duas Leis de PMA de 2006, Portuguesa e Espanhola em que focámos a nossa análise sobre esta controversa questão da Maternidade Subrogada que aqui estudámos: *"A PMA reclama uma redensificação do conceito jurídico de filiação e progenitorialidade, que não deriva necessariamente de dados biológicos, mas depende também de "valores sociais de responsabilidade que podem até contradizer a verdade biológica", estando, por isso, estritamente ligados ao domínio sócio- afectivo."*[232]

A tudo o que anteriormente analisámos resta-nos acrescentar que ordenamento Espanhol de 2006 permanece completamente inalterado, mas o mesmo já no sucede com os ordenamento Português que desde 2006 já sofreu quatro *"polémicas"* alterações ao modelo traçado originalmente pela Lei 32/2006 de 26 de Julho dando origem às "*Novas Leis*" Portuguesas, a saber: Lei n.º 17/2016

---

[229] Neves Barbas, S. M., *"Direito ao Património Genético"*… nota de rodapé da pág. 229.
[230] Neves Barbas, S.M., *"Direito ao Património Genético"*…pág. 151.
[231] Redacção dada pela Lei nº 496/77 de 25 de Novembro.
[232] Anotação ao Artigo 20.º da Lei Portuguesa das Autoras: Silva, Paula Martinho e Costa Marta, *"A lei da Procriação Medicamente Assistida – Anotada…"* pág. 109, que citam: Amadeo Santosuosso,"Utero in affito: il difficile contratto*",* in *Questione Giustizia*, nº 2, 2000, pág. 375.

de 20 de Junho, que: *"Alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida) "*; Lei n.º 25/2016 – diário da república n.º 160/2016, série I de 22 de Agosto que: *"Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida) "*e a Lei n.º 58/2017 de 25 de Julho *"Quarta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Procriação medicamente assistida) sobre o destino dos espermatozóides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico…".*

Sendo certo que a "Nova Lei" sobre Gestação de Substituição: Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto regula actualmente o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida) estando de momento em vigor em Portugal, muito se distinguindo do seu projecto inicial e do previsto pela sua congénere ibérica, oferecendo uma nova solução reprodutiva, que está longe de ser consensual para a Comunidade Médica e Científica, e que a Sociedade Portuguesa não teve tempo de debater nem a possibilidade de interiorizar facticiamente, o que sem dúvida terá muito impacto na Sociedade Nacional e indubitavelmente na Medicina Actual… E de que aqui apenas cito o 1º Artigo o Objecto para futura Reflexão:

"A "presente" lei regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez…" - Procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pelas Leis nº 59/2007, de 4 de Setembro, e 17/2016, de 20 de Junho.

2. Conclusão

Nestes termos, repestinando o nosso problema da gestação de substituição como técnica admissível para a reprodução assistida no futuro, penso que serão necessárias muitas mais iniciativas e debates como o de hoje em contexto transnacional, para poder levar a cabo esta árdua missão, e em tom de fecho, aqui venho confirmar a nossa hipótese, que se as várias legislações europeias aqui brevemente analisadas, pretenderem vir a aceitar a gestação de substituição no futuro como "fez" recentemente Portugal, terão que fazer um importante debate público prévio, a fim de que, quer a comunidade em geral, quer os médicos em especial, possam estar verdadeiramente preparados para aceitar essa solução na prática, dado que ao nível da discussão pública e profunda destas matérias, este objectivo ainda não está a ser cumprido actualmente, pelo menos em Portugal, onde a legislação Portuguesa desde 2006 já sofreu quatro *"polémicas"* alterações ao modelo traçado originalmente pela Lei 32/2006 de 26 de Julho dando origem às 4 "*Novas Leis*" Portuguesas… permitindo a gestação de substituição, pelo menos inicialmente, mas que pela falta da referida discussão pública ao nível da comunidade social e médica, conduziu a que a gestação

de substituição se encontre actualmente "suspensa" em Portugal, por ordem do Tribunal Constitucional português a quem entretanto foi pedida a análise de conformidade constitucional desta legislação… aguardando a que a legislação, sobre a gestação de substituição e suas "*nuances"*, seja reescrita e revista em conformidade com as indicações apontadas por este Tribunal…

Sendo certo que o Tribunal Constitucional Português acabou recentemente de se pronunciar no Acórdão 225/2018 datado de 7 de Maio de 2018, declarando a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de várias normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho: os n.º 4, 10 e 11 do artigo 8.º, e as normas dos n.º 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia; o n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários; bem como, o n.º 7 do artigo 8.º; o n.º 12 do artigo 8.º; as normas do n.º 1, na parte em que impõem uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamentem assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo as situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição, e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, determinando também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução onde já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

O que demonstra que a discussão, que não foi ainda feita no passado, no âmbito destas controvertidas matérias, relativas ao futuro do nosso problema da admissibilidade da gestação de substituição como técnica possível para a reprodução humana assistida em Portugal, terá que ser indubitavelmente ser feita num futuro eminente, conforme sugere esta nossa reflexão…cuja análise serve também para as outras legislações europeias, caso queiram não virar a cara à possibilidade da Gestação de Substituição, que é sem dúvida uma possibilidade real em termos de reprodução Medicamente Assistida na actualidade.

3. Referências

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

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

BISCAIA, J., "O casal e a fecundidade", *Novos desafios à Bioética,* Porto Editora, Porto, 2001.

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

COUNCIL OF EUROPE, STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS, "*Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reprodución"*- (2001)*,* Edited by Vayena, Effy/Patrick, Rowe/Griffin, David, in: http://whqlib-doc.who.int/hq/2002/9241590300.pdf (10/08/2009).

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

NETO, LUÍSA, *"O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do Regime),*Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

NETO, LUÍSA, *"Novos Direitos (Ou Novo (s) Objectos para o Direito?),*Porto Editorial, Porto, 2010.

OLIVEIRA, GUILHERME DE, *"Mãe só há uma (duas)! O contrato de gestação"*, Coimbra editora, Coimbra 1992.

RAPOSO VERA LÚCIA, "*De mãe para mãe – Questões Legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição",* Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

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

ROMERO CASABONA, C., "*El Convenio de Derechos humanos y Biomedicina - Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español",* Comares, Bilbao- Granada, 2002.

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

XAVIER, JOÂO PROENÇA; *"Temas Fuertes de la Reproducción Asistida (en contexto ibérico)-Análisis comparativo da la Ley Española 14/2006 y la Ley Portuguesa 32/2006",* Universidad de Salamanca, 2016.

LEI PORTUGUESA de Procriação Medicamente Assistida:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo= (Lei 32/2006 pgdlisboa.pt versão Actualizada Lei 59/2007 de 4 de Setembro http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=930A0004&nid=930&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&nversao=1 (versão Actualizada Lei 59/2007 de 4 de Setembro onde o Artigo 4.º DA LEI nº59/2007 de 04 de Setembro.

LEY ESPAÑOLA de Procreación Medicamente Asistida: http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Jefatura del Estado «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Referencia: BOE-A-2006-9292 TEXTO CONSOLIDADO - Última modificación: 14 de julio.

Tributação da economia digital

Taxation of the digital economy

J. Eduardo Amorim [233]
Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Sumário: 1. Conceitos e definições iniciais. 2. Principais desafios à tributação da economia digital. 3. Tendências. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Conceitos e definições iniciais

A partir da definição de economia como ciência que estuda a organização da sociedade objetivando a criação de riquezas através da utilização de recurso disponíveis. Podemos compreender a economia digital como um conjunto de novos modelos de negócios e meios de produção industrial com gênese no impacto das novas tecnologias[234].

Como aponta PARADA TORRALBA: "El modelo de negocio de una empresa es la forma en que monetiza el valor que ofrece al mercado."[235]Portanto, as novas tecnologias ao causarem um rompimento nas tradicionais formas de monetizar projetos empresariais, promoveram o surgimento de novos modelos económicos alicerçados nas múltiplas oportunidades de negócios ligadas ao ambiente tecnológico e digital, tais como: o comércio eletrônico, plataforma de interconexão digital e global, o mercado de conteúdos digitais, o marketing digital, a *ciber* segurança, entre outros.

A transformação[236] do consumo colaborativo em economia colaborativa é um exemplo paradigmático da ação disruptiva das novas tecnologias nos modelos tradicionais de negócio.

O consumo colaborativo corresponde a um fenômeno que tomou grande vulto a partir de uma mudança cultural cultivada nos últimos anos, voltada para o consumo mais sustentável, visando à proteção do meio ambiente, mas também impulsionado pela necessidade de redução de

[233] Jorge Eduardo Braz de Amorim – Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; MBA em Direito Tributário pela FGV-RJ; Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho pela UVA-RJ; inscrito na Ordem dos Advogados de Portugal e do Brasil; Coordenador do Núcleo de Direito das Novas Tecnologias e Negócios do IBEROJUR – Porto, Portugal. j.eduardoamorim.law@gmail.com

[234]Podemos citar aqui a Inteligência Artificial, Big Data, Plataformas digitais e globais, Internet das coisas, que não serão abordadas de forma mais detida neste trabalho, pelas limitações que lhe são impostas.

[235]MORENO GONZÁLES, Saturnina (Dir.) e outros. Tendencias y Desafios Fiscales de la Economía Digital. Navarra: Aranzadi, 2017, p. 84.

[236]Para não falar em desvirtuamento.

custos, através de uma genuína colaboração entre particulares interconectados[237], sobretudo a partir da crise mundial de 2008.[238]

Este intercâmbio ganhou grande proporção a partir da criação de plataformas digitais globais que, com ânimo de lucro, passaram auxiliar na intermediação da oferta e da procuração de bens e serviços partilháveis em uma escala global. Portanto, a partir da transformação do consumo colaborativo em modelos de negócios, pautados na intermediação digital, surgiu a economia colaborativa como novo modelo de negócio pertencente à economia digital.

Nos modelos tradicionais de negócios os bens e serviços ofertados pertenciam às empresas, que os adquiriam previamente antes de os disponibilizarem ao consumo. Já nos novos modelos de negócios baseados na economia colaborativa, os bens e serviços pertencem a terceiros[239], ou seja, não pertencem às plataformas digitais que os disponibilizam.

Para uma melhor compreensão trazemos a definição da própria União Europeia, citada aqui por Alberto Aznar Traval:

> *... la UE define como nuevos modelos de negocios de la economía colaborativa los intercambios donde no son las empresas las que proveen, como en el sistema convencional, el acceso de particulares a disfrutar y usar bienes propiedad de la propia empresa; sino que proveen el acceso a disfrutar y usar bienes y servicios de terceros…*[240]

Todavia a economia digital não se compõe somente de novos modelos de negócios. Outro exemplo de movimento disruptivo alimentado pelas novas tecnologias é a indústria 4.0 ou 4ª Revolução Industrial, que apresentamos aqui como um novo modelo de produção.

Trata-se de um conceito contemporâneo que faz referência às "fábricas inteligentes" onde se englobam as principais inovações tecnológicas atinentes à automação, controlo e tecnologia da informação, aplicadas aos meios de produção, tornando-o cada vez mais autônomo em relação à intervenção humana[241].

Para grande parte da doutrina o que justifica trata-la como 4.ª Revolução (e não somente como uma continuidade da 3ª) é o facto de que neste disruptivo modelo de produção industrial, pela ação de novas tecnologias[242], a automação deixou de ser uma ferramenta para auxiliar na produtividade do operário para substituir o próprio trabalhador.[243]

---

[237]Um exemplo seria o compartilhamento de veículos por pessoas que se deslocam ao mesmo destino e a arrendamento provisório de cômodos não utilizados.
[238]TRAVAL, Alberto Aznar. Economía Colaborativa, Alojamiento y Transporte. Navarra: Arazandi, 2017, p. 28
[239]Podendo estes terceiros agentes ser tanto pessoas singulares como pessoas coletivas.
[240]TRAVAL, Alberto Aznar. Economía Colaborativa..., Op. cit, p. 29.
[241]Para mais ver: SCHWAB, Klaus. La quarta revolución industrial. Barcelona: P.R.H Grupo Editorial, 2016.
[242]Sobretudo como consequência da internet das coisas (IoT), Inteligência Artificial e a Robótica.
[243]Desenvolvemos o tema em parte de nossa dissertação de mestrado onde estudamos o impacto negativo da indústria 4.0 no financiamento do regime geral da segurança social em Portugal. AMORIM, Jorge Eduardo Braz de. *"A contribuição para a Segurança Social a cargo das entidades empregadoras e a sustentabilidade do modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem."*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Porto, Porto, 2018. Disponível em http://hdl.handle.net/10216/110411. (acessado em 12.02.2019).

Em linhas gerais estas são as considerações iniciais necessárias quanto às definições de economia digital, novos modelos de negócios, bem como, o novo e disruptivo modelo de produção industrial que em nosso entender deve ser considerado também um modelo pertencente à economia digital.

2. Principais desafios à tributação da economia digital.

A ampla maioria das empresas que empreendem com base nos novos modelos de negócios tem como principal característica não possuírem uma presença física necessária nos locais onde são comercializados os produtos ou serviços para consecução dos seus objetivos, portanto, podem escolher sua sede ou estabelecimento estável[244], em jurisdição tributária mais favorável, comercializando seus produtos de forma global. Logo, a inovação tecnológica permite uma atuação global e remota das grandes empresas ligadas à economia digital.

Iniciativa como o BEPS[245] possui grande relevância para atenuar alguns desafios como o planeamento tributário agressivo e elisão fiscal das grandes empresas tecnológicas, porém, os novos modelos de negócios, pautados na economia digital, exigirão muito mais. Uma mudança necessária passa por repensar os conceitos de sede e estabelecimento estável, que até aos dias atuais se baseiam na presença física[246] no local de comercialização do produto ou serviço, situação totalmente incompatível com a realidade atual.

Os novos modelos de negócios, por sua característica disruptiva e acelerada evolução, surgem quase sempre em um limbo regulatório que não permite ao Estado estabelecer de forma clara os conceitos e definições, importantes, sobretudo, para verificação da perfeita subsunção do facto imponível (facto tributário) à hipótese de incidência tributária, necessários para fazer nascer à obrigação tributária. Residindo aqui outro grande desafio para o Direito Tributário.

Como aponta Geraldo Ataliba: "Para que um fato (estado de fato, situação) seja reputado fato imponível, deve corresponder integralmente às características previstas abstrata e hipoteticamente na lei...".[247]

---

[244]Necessários,segundo os princípios da residência ou da territorialidade, para que se configure como sujeito passivoem determinada jurisdição tributária.

[245]Base Erosion and Profit Shifting Action Plan (Plano de Ação BEPS), trata-se de um plano de ação desenvolvido pela OCDE, que visa o combate à erosão da base tributária e ao desvio de lucros para jurisdições de baixa tributação. Para mais, consultar http://www.oecd.org/tax/beps/ (acessado em 12.02.2019).

[246]Ou no mínimo um local de direção, conforme os n,ºs 1 e 2 do art.º 5.º do Código do Imposto sobre os Rendimentos de pessoas Coletivas de Portugal. No que pese já existirem no Direito português situações em que são ficcionados o conceito de residência por determinação legal. Ver: TEIXEIRA, Glória. Manual de Direito Fiscal, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2015, p. 74.

[247]ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6ª edição, 12ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 68.

Tais características previstas em lei e que têm de ser cumpridas integralmente para o nascimento da obrigação tributária traduzem-se em quatro aspectos que formam a hipótese de incidência tributária sem os quais não existe a obrigação: o aspecto material (o próprio facto - ação ou situação), o aspecto pessoal (o sujeito da obrigação), o aspecto espacial (a sua localização) e o aspecto temporal (o momento da sua consumação).

Desta forma, as características intrínsecas dos novos modelos de negócios, mostram-nos a necessidade de atualizar e estandardizar conceitos sobre os quais se assentam os modelos tradicionais de tributação. O que não significa necessariamente padronizar ou estandardizar os sistemas tributários (fiscais), pois isto, como aponta Cesar Garcia Novoa, poderá afetar a soberania de cada Estado, substituindo as exigências de justiça tributária valoradas por cada parlamento nacional, por um a *Tax by Design*[248].

A economia digital também está a promover uma grande alteração no mercado de trabalho. Facto que merece uma análise crítica quanto às suas consequências no âmbito do financiamento do Estado, sobretudo, na tributação destinada ao financiamento da segurança social.

Os novos modelos de negócios desenvolvidos no âmbito da economia digital, também trazem em seu bojo novas formas de trabalho[249] pautadas no conceito de trabalho *on demand*[250], exercidos principalmente por via de *crowdwork* ou por via de "trabalho por App"[251]. Por via de *crowdwork*, o trabalho se consubstancia através da realização de pequenas tarefas pontuais intermediadas por plataformas digitais, ou seja, pequenas terceirizações de pequenos serviços. Na segunda, ocorre a realização de um trabalho tradicional, que, por conta da disruptura econômica, passou a ser oferecido por empresas estabelecidas sob forma de plataformas digitais[252][253].

Para além dos novos modelos de negócios, os novos modelos de produção industrial também serão responsáveis por um grande impacto no mercado de trabalho. Segundo a doutrina e organismos internacionais, a 4.ª Revolução Industrial (ou Indústria 4.0) será responsável

---

[248]GARCIA NOVOA, Cesar. El derecho tributario actual. Innovaciones y desafios. Colaborador: Mayra Alejandra Luna Gélvez. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributário, 2015, pp. 125 e 126.

[249]Propositadamente usamos a expressão trabalho e não emprego para diferenciar a prestação com ou sem vínculo. Os novos trabalhos são em quase sua totalidade exercídos de forma independete (autónoma) ou de forma estabelecida, ou seja, como pessoa coletiva (jurídica).

[250] Grandes grupos de prestadores de serviços aguardam por clientes que demandarão seus serviços via plataforma digital de intermediação tecnológica.

[251]Trabalho por aplicativo

[252]Quase todas pautadas no modelo de economia colaborativa.

[253]ÁLVAREZ CUESTA, Henar. El futuro deltrabajo vs. Eltrabajo del futuro. Implicaciones laborales de la indústria 4.0. A Coruña: Colex, 2017, pp. 42-54.

pela criação de novas demandas especializadas, mas também, pela extinção considerável de postos de trabalhos e profissões[254][255].

Portanto, os impactos no mercado de trabalho causados pela economia digital são diversos e distintos podendo ser divididos em quatro grupos: 1º - Criação de empregos por via da criação de novos sectores, produtos e serviços, ligados às novas tecnologias, que certamente serão supridos pelo exercício de alguma via de prestação *on demand*; 2.º - Mudança no emprego tradicional, promovido pela digitalização, pela interação homem-máquina e novas formas de direção dos recursos humanos; 3.º - Destruição de empregos pela automação e robotização; e 4.º - Transformação das relações de trabalho, uma vez que as mesmas se darão de forma e em ambientes distintos dos atuais, e.g., por via de plataforma digitais, crowdsourcing, sharing economy e outros.

Estas alterações também proporcionam grandes desafios para a tributação, principalmente à destinada especificamente ao financiamento da segurança social que, em países como Portugal, é excessivamente dependente de uma tributação incidente sobre os rendimentos dos trabalhadores com vínculo empregatício, seja para os tributos devidos pelos próprios trabalhadores, seja para as exações devidas pelas empresas contratantes.

3. Tendências

No que se refere às alterações ao mercado de trabalho promovidas pela economia digital, ante a excessiva dependência que o modelo de financiamento do regime geral da segurança social em Portugal possui para com a tributação sobre a remuneração do trabalhador com vínculo empregatício, os desafios que listamos, pode gerar uma perda de receita e aumento dos gastos no avançar dos anos.[256] Assim sendo, conforme Noémia Goulart, a tendência é pela busca por fontes alternativas de financiamento da segurança social, orientação que é alimentada pela expectável diminuição da massa salarial devido à quebra do nível de emprego no médio e longo prazo[257].

Citando ainda a mesma autora: "... para muitos países o caminho tem sido no sentido do financiamento através de receitas gerais (impostos diretos e indiretos)...". Como exemplo a autora cita o caso da França, que através da Contribuição Social Generalizada diversifica a base de

---

[254] Estima-se que 47% do total do emprego nos EUA estão na categoria de empregos com alto risco de extinção em uma ou duas décadas. (FREY e OSBORNE, 2013, p. 38).

[255] Em termos globais, conforme relatório do Banco Mundial (*World Development Report)*, estima-se que 57% dos empregos nos países da OCDE correm o risco de serem automatizados nos próximos 20 anos. (ACEMOGLU e RESTREPO, 2017, p. 1).

[256]Neste sentido citamos Miguel Coelho, para quem o modelo de financiamento encontra-se actualmente em sobrecarga excessiva sobre a tributação direta do rendimento de trabalho, tanto para o sujeito passivo empresa como para os trabalhadores. Para o autor é urgente ponderarmos uma alteração das fontes de financiamento. COELHO, Miguel. *"Sistema de segurança social – situação atual e vetores de intervenção para uma reforma futura."*, *in* Por onde vai o Estado Social em Portugal?, Org.: Fernando Ribeiro Menezes e Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, 2014, p. 263.

[257]GOULART, Noémia. *"O financiamento da segurança social"* in Por onde vai o Estado Social em Portugal?, Org.: Fernando Ribeiro Menezes e Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, 2014, pp. 297-327, p. 312.

incidência através da tributação sobre rendimentos do trabalho; rendimento substitutivo do trabalho; e do rendimento de capitais[258].

Como reforço de dados citamos ainda Miguel Ángel Garcia Díaz y Jesús Ruiz-Huerta Carbonell, que demonstram que no período entre 1995 a 2010, entre os países da UE-15, houve uma alteração na composição da estrutura do financiamento da segurança social, onde as contribuições e quotizações que representavam 63,8% passaram a representar 55,3% do total da fonte de financiamento e em contrapartida os impostos tiveram um aumento na participação do financiamento da segurança social, uma vez que representavam em 1995, 32,2% e passaram a representar 41,1% em 2010[259].

Outra importante tendência para os demais desafios à tributação da economia digital abordados neste trabalho é a modernização de conceitos e modelos tradicionais de tributação.

Neste sentido, em março de 2018 a Comissão Europeia propôs a criação de um novo tributo, o "imposto digital", a incidir nas grandes empresas da economia digital. Segundo a proposta, o "imposto digital" seria implementado em três fases: 1ª - criação de um imposto transitório em cada Estado Membro da UE, correspondente a 3% sobre as receitas das 150 maiores empresas de economia digital; 2ª - desenvolvimento de um modelo único de tributação "digital" para todos os Estados Membros; e 3º - aproveitando o modelo único interno da UE, em articulação com a OCDE, desenvolver um modelo global para tributação da economia digital[260].

Em nosso entendimento o legado mais importante da proposta da Comissão Europeia foi a elaboração de um novo elemento para definição da Hipótese de Incidência Tributária do "imposto digital". Este novo elemento denomina-se "presença digital" (ou "pegada digital") utilizado para substituir a presença física como elemento de submissão à jurisdição tributária. Foram propostas três hipóteses que podem determinar a "pegada digital": 1- a empresa digital faturar mais de 7 milhões de Euros em um Estado Membro; 2 – a empresa digital possuir mais de 100 mil utilizadores no Estado Membro; ou 3 – a empresa possuir mais de 3 mil contratos de serviços digitais com utilizadores empresariais no Estado Membro.[261]

4. Conclusão

A economia digital por via dos novos modelos de negócios e novos modelos de produção trazem desafios importantes ao Direito tributário e financeiro.

---

[258]Ibidem, p. 313.

[259] CARBONELL, Jesús Ruiz-Herta, at al. *Estado del Bienestar y sistemas fiscales en Europa*. Colección Estudios n.º 232. Madrid: Conselho Económico y Social España, 2015, p. 230.

[260]Cfr. proposta de diretiva do Conselho de 21.03.2018. Ver: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52018PC0147 (consultado em 12.02.2019)

[261]Ibidem.

Seus novos elementos e características estão a exigir uma mudança nos modelos clássicos de tributação. Elementos como sede ou estabelecimentos estáveis devem ser revistos. A atuação global dos novos modelos económicos também exigirá um modelo global de tributação.

Desta forma, a discussão de novos conceitos como a "pegada digital" - uma ficção jurídica para determinar a presença digital das empresas tecnológicas nas jurisdições fiscais onde atuam – revela-se de grande importância.

Sob a ótima da tributação como principal atividade financiadora do Estado, as alterações promovidas pela economia digital no mercado de trabalho exigirão uma nova forma de financiamento da segurança social, posto que em países como Portugal, o financiamento da segurança social é demasiado dependente do trabalho com vínculo empregatício[262].

5. Referências

ACEMOGLU, Daron e RESTREPO, Pascual. ***"Robotsand Jobs: Evidencefrom US Labor Markets."*** MIT, 2017. Disponível em https://economics.mit.edu/files/12763 (última consulta em 23.06.2017).

AMORIM, Jorge Eduardo Braz de. ***"A contribuição para a Segurança Social a cargo das entidades empregadoras e a sustentabilidade do modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem.",*** Dissertação de Mestrado, Universidade do Porto, Porto, 2018. Disponível em http://hdl.handle.net/10216/110411. (acessado em 03.03.2018).

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária.** 6ª edição, 12ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

COELHO, Miguel. *"Sistema de segurança social – situação atual e vetores de intervenção para uma reforma futura."*, *in* **Por onde vai o Estado Social em Portugal?**, Org.: Fernando Ribeiro Menezes e Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, pp. 233-271, 2014.

GARCIA NOVOA, Cesar. **El derecho tributario actual. Innovaciones y desafios.** Colaborador: Mayra Alejandra Luna Gélvez. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributário, 2015.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar. **El futuro deltrabajo vs. eltrabajodel futuro. Implicacioneslaborales de la indústria 4.0.** A Coruña: Colex, 2017.

FREY, Carl B. e OSBORNE,Michael A. ***"The Future ofEmployment: Howsuscetiple are jobtocomputensation?",*** Universidade de Oxford, 2013. Disponível em: http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf (última consulta em 23.06.2017).

GOULART, Noémia. *"O financiamento da segurança social"* in Por onde vai o **Estado Social em Portugal?**, Org.: Fernando Ribeiro Menezes e Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, 2014, pp. 297-327.

MORENO GONZÁLES, Saturnina (Dir.) e outros. **Tendencias y Desafios Fiscales de laEconomía Digital.** Navarra: Aranzadi, 2017.

SCHWAB, Klaus. **La quarta revolución industrial.** P.R.H Grupo Editorial, 2016.

TEIXEIRA, Glória. **Manual de Direito Fiscal,** 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2015.

[262]No modelo português ambas as contribuições para a segurança social, ou seja, a contribuição dos empregados e as contribuições dos empregadores têm por base de cálculo a remuneração do trabalhador, não havendo qualquer outra tributação como, e.g., no modelo brasileiro onde há tributação incidente sobre lucro e sobre receita das empresas e que são destinados à segurança social.

TRAVAL, Alberto Aznar. **Economía Colaborativa, Alojamiento y Transporte.** Navarra: Arazandi, 2017.

Análise crítica da teoria geral do processo

Critical analysis of the general theory of the process

César Augusto Luiz Leonardo[263]
Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM

Sumário: 1. Introdução. 2. Do conceito de Teoria Geral do Processo. 3. Críticas e controvérsias a respeito da Teoria Geral do Processo. 4. Pontos de semelhança. 5. Da lide como polo metodológico do processo civil. 6. Evolução do direito processual civil e os escopos da jurisdição. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

O estudo da teoria geral do processo ganha novas cores a partir das bases teóricas eleitas pelo legislador ao elaborar o novo Código de Processo Civil de 2015.Diante do momento histórico que vive o direito processual civil, a partir da aprovação de um novo diploma que corporifica a legislação aplicável ao processo civil, mister se faz seja repensada toda a teoria do processo e os impactos que a novidade trará para todos os seus ramos. Por isso, salutar que se revisite a polêmica envolvendo o estudo do direito processual sob o prisma unitário, analisando criticamente o estudo da Teoria Geral do Processo.

2. Do conceito de teoria geral do processo

Muitos estudiosos vislumbram a ciência processual como aquela composta de um tronco comum (direito processual) e de ramos que guardam peculiaridades próprias (para fins do presente trabalho, destacam-se o direito processual civil e o direito processual penal). O estudo que se limita ao tronco comum do qual se originam os demais ramos processuais, é a chamada Teoria Geral do Processo.

A unificação em uma só disciplina dos estudos de direito processual civil e penal em uma única ciência foi defendida por CARNELUTTI[264]. JOÃO MENDES JR. já tratava de regras comuns do direito processual civil e do direito processual penal, o que pode ser visto como forma precursora desta visão unitária do processo. No mesmo sentido, FREDERICO MARQUES sustentava a unidade

[263] Mestre e doutor em direito processual pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do curso de Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Defensor Público do Estado de São Paulo.

[264]CARNELUTTI sustentou a aproximação do processo civil e penal, pois reconhecia que ambos trabalhavam com o conceito de *lide*; posteriormente mudou o seu posicionamento (*Sistema didirritto processuale*, v. 1, p. 36).

científica do processo[265].

A célebre obra *Teoria Geral do Processo,* escrita em conjunto pelos professores ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIOARAUJO CINTRA e CÂNDIDO DINAMARCO (sua 31ª edição foi lançada em 2015), foi um marco na consagração desta teoria no direito brasileiro[266]. Este livro teve a sua primeira edição prefaciada por LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL[267] que, anos mais tarde, veio a publicar texto em que criticava a teoria geral do processo[268]. Semelhantemente, ROGÉRIO LAURIA TUCCI também realizou duras críticas à unificação do direito processual: sustentou a irrelevância do conceito de *lide* para o processo penal, sugeriu a concepção de um conceito de jurisdição penal e a recolocação do estudo da ação[269].

Por seu turno, JACINTO COUTINHO sustentou que a Teoria Geral do Processo, da forma como estudada, na verdade, é a Teoria Geral do Processo Civil e que resulta na vã tentativa de encaixar conceitos e categorias do direito processual civil à realidade do processo penal[270].Conquanto não seja novo o debate, ainda permanece atual.

3. Críticas e controvérsias em relação à teoria geral do processo

Décadas se passaram, mas ainda não há espaço para consenso a respeito do tema, como se pode observar de interessante debate ocorrido entre AURY LOPES JR. e AFRÂNIO SILVA JARDIM, com direito à intervenção da professora ADA PELLEGRINI GRINOVER[271].

A polêmica teve origem quando AURYLOPES JR. publicou, em 27 de junho de 2014, no site *Consultor Jurídico,* texto com o título "Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal", onde parte do artigo intitulado *Cenerentola*[272], de FRANCESCO CARNELUTTI, para afirmar que o processo penal segue sendo "a irmã" preterida dos outros ramos do direito que gozam de maior prestígio, dentre os quais, o Direito Processual Civil. No texto, o autor aponta como principais distinções o princípio da necessidade que rege o direito penal, criticando o conceito de ação como direito autônomo e abstrato, as condições da ação, a inadequação do

---

265 MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. v. 1. 5ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 48-57

266 GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

267 VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Prefácio à 1ª edição. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

268 Por que unificar o direito processual? In: *RePro,* v. 7, n. 27, out.-dez./1982, p. 40-48

269 TUCCI, Rogério Lauria. Jurisdição penal. *RePro,* v. 7, n. 27, out.-dez./1982, p. 74; _____. *Teoria do direito processual penal:* jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2002, p. 54.

270 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal.* Curitiba: Juruá, 1989, p. 119.

271 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL (IBDP). Uma polêmica sobre a teoria geral do processo. Disponível em: www.direitoprocessual.org.br/index.php?uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo. Acesso em 24.06.2015.

272 CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. *RivistadiDirittoProcessuale.* v. 1, p. 73-78.

conceito de revelia, dentre outros apontamentos[273].

À "provocação" do processualista penal gaúcho, respondeu AFRÂNIO SILVA JARDIM. Inicialmente, o autor negou a existência de "parentesco" entre o direito processual penal e o direito penal; afirmou que o tronco comum que pode ser encontrado é o direito processual (processo em geral), cujos irmãos seriam os especiais (penal, civil e trabalhista). Acrescentou que o princípio da necessidade também é aplicável ao processo civil, como nas ações constitutivas necessárias[274]. Em seguida, procurou esclarecer que o processo penal, para além das ações penais condenatórias, abriga também outras ações (*habeas corpus*, revisão criminal, reabilitação na execução penal e mandado de segurança contra ato jurisdicional penal)[275], asseverando ainda que a forma dos atos e procedimentos processuais também servem de limite ao poder do Estado-Juiz na satisfação da pretensão do autor no âmbito do processo civil e trabalhista. Asseverou que o caráter abstrato da ação no âmbito do processo civil já foi abrandado em razão da incorporação das condições da ação, que estão positivadas no âmbito processual penal (que inclui o suporte probatório mínimo para a ação penal condenatória). O autor segue, analisando o conceito de jurisdição, a atuação do juiz no campo probatório, a distribuição do ônus da prova; a garantia do juiz natural e imparcial; os requisitos das medidas cautelares, os efeitos da revelia, os efeitos dos recursos excepcionais e o sistema de nulidades[276]. Conquanto diversos pontos já tenham ficado esclarecidos na réplica subscrita por AFRÂNIO JARDIM, o tema comporta algum aprofundamento.

---

[273]AURY LOPES JR. sustenta que distinção decorre do princípio da necessidade, aplicável ao direito penal e ao direito processual penal, uma vez que o direito penal não é autoexecutável, não tem eficácia imediata, de modo que precisa necessariamente do processo penal para se efetivar, diferentemente do que ocorre no direito processual civil. Ele critica, ainda, o conceito de ação como direito autônomo e abstrato; as condições da ação, que não são adequadas ao processo penal; descarta a existência de lide penal; buscou demonstrar a diferença entre a jurisdição civil e a penal a partir da diferença entre as garantias do juiz natural e as regras de competência relativa, inaplicáveis ao processo penal; o autor ainda bateu no equivocado emprego dos requisitos da tutela cautelar para a decretação da prisão preventiva, do poder geral de cautela, da inadequação do conceito de revelia no direito processual penal, a incorreção em afirmar que os recursos excepcionais (especial e extraordinário) não têm efeito suspensivo e que, portanto, permitiria a prisão do recorrente antes do trânsito em julgado; por fim, sustentou a inaplicabilidade do *pás de nullittêsansgrief*no âmbito do processo penal (Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal. *Conjur*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal. Acesso em: 14.05.2015).

[274]JARDIM, Afrânio Silva. Não creem na Teoria Geral do Processo, ela existe. *Consultor Jurídico*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe. Acesso em 14.05.2015.

[275]ADA PELLEGRINI GRINOVER afirma ser estranho que Aury tenha mencionado apenas a 'ação penal condenatória' e deixado de lado instrumentos asseguradores das garantias constitucionais: revisão criminal, habeas corpus, mandado de segurança (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL (IBDP). Uma polêmica sobre a teoria geral do processo. Disponível em: www.direitoprocessual.org.br/index.php?uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo. Acesso em 24.06.2015.

[276] JARDIM, Afrânio Silva. Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe. *Consultor Jurídico*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe. Acesso em 14.05.2015

4. Pontos de semelhança

Inicialmente, é curioso notar que os críticos à Teoria Geral do Processo geralmente são estudiosos do direito processual penal, pois tal tema não parece incomodar os processualistas civis de uma forma geral. Também merece relevo clarear que a teoria unitária do processo não implica em afirmar que os dois principais ramos do direito processual sejam idênticos, mas tão somente demonstrar a existência de uma base comum entre o processo civil e o processo penal, substrato da existência da Teoria Geral do Processo[277].

Daí adveio a ideia de unificar o estudo do direito processual civil e penal, com o fito de realçar as bases científicas comuns, no que diz respeito aos princípios (constitucionais e infraconstitucionais) e aos institutos fundamentais[278].

Não se pode perder de vista que a jurisdição, como função inerente à soberania do Estado, a jurisdição é una e homogênea, independente da natureza do conflito que deva resolver[279], de modo que a classificação da jurisdição em penal e civil teria finalidade meramente didática[280]. A subdivisão da jurisdição tem como como elemento diferenciador as pretensões postas em juízo: no âmbito penal, a finalidade seria aflitiva (o titular da ação pretende a aplicação ao demandado de sanções de natureza penal), enquanto a jurisdição civil seria exercida em face de pretensões não penais[281].

Ora, como é cediço, o processo é instrumento da jurisdição. E a ciência processual apresenta inúmeros institutos, que são comuns ao processo civil e ao processo penal. Isso é perceptível pela análise *da quadrilogia estrutural do processo*: ação, defesa, jurisdição e processo[282]. Não há como negar que tanto o processo civil como o processo penal trabalham com esses institutos elementares, além de diversos outros conceitos e institutos processuais, tais como: procedimento, preclusão, prova, citação, intimações, sentença, coisa julgada etc.[283].Para além da existência de

---

277 MARQUES, Frederico. Instituições de direito processual civil, v. 1, p. 55.

278 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da teoria geral do processo. In: Athos Gusmão Carneiro; Petrônio Calmon Filho. (Org.). Bases científicas para um renovado direito processual. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 1, p. 55.

279 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53,

280 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001, n. 122). Em outros termos, Carreira Alvim afirma que a contraposição entre jurisdição civil e penal se assenta exclusivamente numa divisão de trabalho, que não infirma a tese unitarista (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44).

281 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

282 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno.* t. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 112.

283Não se está a sustentar que sejam aplicados indistintamente e que devam surtir rigorosamente com os mesmos efeitos. Ora, o regramento legal desses institutos pode variar, tal como ocorre no que diz respeito à coisa julgada no âmbito civil e penal: como regra, o processo civil não tem regimes diversos para a coisa julgada formada sobre uma decisão que julgou procedente ou improcedente a demanda, mas na esfera do processo penal, a sentença absolutória apresenta intangibilidade absoluta (pois vedada a revisão criminal *pro societate*), diferentemente da sentença condenatória, que pode ser revista a qualquer tempo, desde que presentes os pressupostos da ação revisional (art. 622, CPP). Isso, contudo, não infirma a existência de uma base em comum em torno deste e de outros institutos processuais – neste sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da 'teoria geral do processo'. p. 58.

institutos processuais comuns, também não se pode perder de vista a existência de princípios constitucionais aplicáveis tanto ao processo civil como ao processo penal[284].

Desta forma, assim como a jurisdição é una, mas pode ser dividida entre os inúmeros órgãos do Poder Judiciário para fins de racionalização do trabalho jurisdicional (pois competência a medida ou fração da jurisdição)[285], o processo, como instrumento de aplicação da jurisdição, também é uno, embora tenha expressões diversas.

Sustentar a existência de uma teoria geral do processo não implica em negar a autonomia entre o direito processual civil e o direito processual penal, mas apenas apontar para um estudo sistemático dos elementos que têm em comum. É dizer, ninguém poderia seriamente assinalar a absoluta identidade entre o processo civil e o processo penal, mas tão somente colocar em evidência os pilares comuns do ordenamento processual[286].

5. Da lide como polo metodológico do processo civil

Uma das maiores críticas que se faz à Teoria Geral do Processo reside na defesa da ideia de que não há lide no processo penal. Todavia, também não é correto afirmar que o processo civil tem por eixo metodológico o conceito de lide.

Lide, no conceito clássico de CARNELUTTI,é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida[287]. Este conceito, adotado no extinto Código de Processo Civil de 1973[288], inspirado pela teoria *carneluttiana*[289]e seguida no Brasil por BUZAID[290]vê a lide como o objeto do processo. Entretanto, LIEBMAN criticou severamente tal posição, sustentando que o conflito entre as partes é a razão de ser, a causa remota, e não o objeto do processo[291].

Atualmente, ninguém duvida que o pedido é uma visão mais restrita do conflito, construída unilateralmente pelo autor, ao passo que a lide, isto é, o conflito subjacente, é conceito sociológico muito mais amplo do que o pedido[292]. Ora, como é sabido, ao juiz não compete decidir a totalidade o conflito de interesses surgido entre duas pessoas, "mas apenas nos limites em que

---

284 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2007.
285 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.
286 CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo,* p. 48.
287 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile. v.* I, Padova: Cedam, 1936, p. 341-345.
288Como consta no item 6, "Da terminologia do projeto", da sua exposição de motivos (BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil,* Brasília, 1972).
289 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema deldiritto processual e civile. v.* I, Padova: Cedam, 1936, p. 40.
290 BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: _____. *Estudos e parecedes de direito processual civil.* São Paulo: RT, 2002, p. 72-132.
291 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile,* v. I, 4ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 1980.
292 GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.Fábio Peixinho Gomes Corrêa alinha-se àqueles que sustentam que o polo metodológico do processo civil deve ser deslocado para o objeto litigioso do processo, consubstanciada na "pretensão processual à tutela jurisdicional, deduzida em juízo pelo autor da demanda" (*O objeto litigioso no processo civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 100-101).

elas o levarem ao processo"[293].JAIME GUASP é enfático ao negar que a relação jurídica material em litígio e o bem concreto da vida que afeta o processo sejam objeto do processo, pois este seria consubstanciado na reclamação que uma parte dirige frente à outra e perante o juiz, qual seja: a pretensão processual[294].

Não obstante a ausência de consenso quanto ao objeto do processo[295], esta superficial abordagem já indica que o apontamento da diferença em relação ao conceito de *lide* como objeto do processo civil não serve para infirmar a existência da teoria geral do processo.

6. Evolução do direito processual civil e os escopos da jurisdição

Outro ponto sustentado entre aqueles que negam em absoluto a semelhança entre o processo civil e o penal está na crença de que o este último lida com o direito à liberdade, que é indisponível, ao passo que o direito processual civil se prestaria à tutela de direitos de menor magnitude, patrimoniais e disponíveis. Evidente o equívoco desta leviana afirmação a esta altura do desenvolvimento da ciência processual civil. Ora, como se sabe, o processo civil deve atender os escopos sociais, políticos e jurídico do processo[296], de modo que sua finalidade vai além dos direitos em disputa[297].

Para além desta concepção, é inquestionável que o processo civil com direitos patrimoniais e disponíveis, mas também serve como instrumento de aplicação e efetividade de diversos direitos indisponíveis, fundamentais, da personalidade, metaindividuais etc.

Igualmente equivocada é a afirmação de que o direito processual penal lida com um bem jurídico de maior relevância (a *liberdade*) e isso o diferenciaria do processo civil. Ora, este último também pode lidar com o direito à liberdade[298], bem como com outras garantias de mesma estatura constitucional, tais como o direito à vida, à saúde, à dignidade humana etc.

De outro turno, é falacioso o argumento de que no processo penal sempre seria indisponível por colocar em jogo a liberdade do acusado: veja-se a disponibilidade da ação penal privada e da condicionada à representação; a transação penal, a extinção da punibilidade em razão

---

[293] BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 403. Em conhecido ensaio sobre *o conceito de mérito*, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO analisou a posição dos principais processualistas italianos e alemães que se voltaram ao tema, concluindo que o objeto do processo se consubstancia no pedido do autor (O conceito de mérito no processo civil. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 299-348).

[294] GUASP, Jaime. *Derechoprocesal civil.* 4ª ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 201.

[295]RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 33.

[296] DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 13ª ed.São Paulo: Malheiros, 2008, *passim.*

[297]O caráter publicista do processo civil, visto por sua finalidade de pacificação social (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 104).

[298]E todos os seus desdobramentos, inclusive a liberdade de locomoção, como por exemplo na possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos.

da composição civil dos danos, as penas alternativas, de multa ou convencionadas (delação premiada), além do *plea bargain* permitido pela controversa Resolução 181 do CNMP.

Por conseguinte, também totalmente descabida a alegação de que a finalidade do processo penal seja a *busca da verdade real*, enquanto o processo civil busca apenas a *verdade formal*. Neste ponto, há forte doutrina ceticista a respeito da verdade no processo, pois é entendido que a verdade – se é que existe *a* verdade – não pode ser alcançada no processo[299]. É certo que o recorte proposto no presente trabalho não recomenda aprofundar em discussões filosóficas a respeito do conceito, da existência e da possibilidade de se alcançar a "verdade"[300], mas não se pode deixar de mencionar que a separação entre verdade real e formal é obsoleta: o que se busca, seja no processo penal, seja no processo civil, é o maior grau possível de probabilidade de acertamento dos fatos conforme o que ocorreu[301].

Por todos os ângulos analisados, não se vislumbra diferença ontológica capaz de dicotomizar em categorias absolutamente estanques e incomunicáveis o direito processual em civil e penal, tampouco se mostra prudente negar de forma categórica qualquer similitude entre os institutos constatados no direito processual – seja ele civil ou penal.

7. Considerações finais

Como se vê, a evolução do direito processual civil afastou a maioria das críticas à Teoria Geral do Processo, tanto no plano constitucional, como no infraconstitucional, de modo que é inegável a existência de bases comuns entre o processo civil e penal. O que se percebe, é que muitas vezes as críticas não se dirigem à Teoria Geral do Processo, mas sim à inadequada transposição de regras do direito processo civil ao processo penal[302]. Ora, o mau uso da teoria[303] não a torna inválida.

A severa crítica quanto à inexistência de revelia no processo penal, por exemplo, em nossa percepção, decorre de uma confusão do conceito de revelia com o efeito que ela pode gerar para

---

[299] A "verdade possível" de MICHELLE TARUFFO (*La prueba de loshechos*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 21-79).

[300] O objetivo é a busca da verdade processual, e não ontológica, ou seja, algo próximo da certeza, um alto grau de probabilidade (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contemp to fcourt. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais*: processo civil. v. I. São Paulo: RT, 2011, p. 963-990, p. 963).

[301] SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas...,, p. 7.TARUFFO afirma que aprova vista como um meio de busca da verdade não constitui uma teoria verdadeira e traz mais problemas que soluções (*La prueba*..., p. 87).

[302] Aury Lopes Jr. critica a aplicação de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* como requisitos para as prisões cautelares, a visão da pretensão punitiva como objeto do processo, a aplicação do*pas de nulli tè sans grief* relativizando as nulidades; a falta de efeito suspensivo aos recursos excepcionais; a relativização da competência, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz (ativismo judicial) e a adoção das condições da ação processual penal (*Direito processual penal:* e sua conformidade constitucional. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35).

[303] Observe-se, a título exemplificativo, que AURY LOPES JR. critica o juiz que "decretou a revelia do réu" no processo penal, pois sustenta que esta categoria é "inadequada e inexistente no processo penal, sendo figura típica do processo civil, carregada de sentido negativo, impondo ainda a 'presunção de veracidade' sobre os fatos não contestados e outras consequências inadequadas ao processo penal" (LOPES JR., Aury. Teoria...).

algumas determinadas hipóteses[304]. Evidente que a ressalva dos desvirtuamentos é pertinente e não se pode concordar com a transposição de regras do sistema processual civil para o processo penal sem atenção às peculiaridades deste[305].

Mas nenhuma das críticas superam a importância de estudo das categorias que são comuns aos ramos do processo, até mesmo para se destacar as diferenciações que devem ser feitas à luz das peculiaridades observadas nas diferentes categorias processuais.

8. Referências

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.

BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: _____. *Estudos e parecedes de direito processual civil.* São Paulo: RT, 2002, p. 72-132.

_____. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil,* Brasília, 1972.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. *Rivistadi Diritto Processuale.* v. 1, p. 73-78.

_____. Sistema del diritto processual e civile. Padova: Cedam, 1936.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____.*Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2007.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contemp to fcourt. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais*: processo civil. v. I. São Paulo: RT, 2011, p. 963-990,

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUASP, Jaime. *Derechoprocesal civil*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL (IBDP). Uma polêmica sobre a teoria geral do processo. Disponível em: www.direitoprocessual.org.br/index.php?uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo. Acesso em 24.06.2015.

JARDIM, Afrânio Silva. Não creem na Teoria Geral do Proceso, ela existe. *Consultor Jurídico.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe. Acesso em 14.05.2015

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manualedi Diritto Processual e Civile,* v. I, 4ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 1980.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal:* e sua conformidade constitucional. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal. *Conjur*. Disponível

[304]Revelia não é a presunção de veracidade; esta pode (ou não) ser consequência da revelia, dependendo da condição do demandado e da natureza dos interesses em jogo no processo civil. Mesmo revel, o réu citado por edital, incapaz ou demandado quanto a direitos indisponíveis, não enfrenta a presunção de veracidade.

[305]Como exemplo de uma boa contribuição do processo civil para a *práxis* penal, vemosao encontro dos escopos do processo penal, a aplicação do dever de fundamentação das decisões como prevê o art. 489, do CPC/2015.

em: http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal. Acesso em: 14.05.2015.

MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. v. 1. 5ª ed. Campinas: Book seller, 2000.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da teoria geral do processo. In: Athos Gusmão Carneiro; Petrônio Calmon Filho. (Org.). Bases científicas para um renovado direito processual. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 1, p. 55-78.

TARUFFO, Michele. *La prueba de loshechos*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos *e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 192.

TUCCI, Rogério Lauria. Jurisdição penal. *RePro,* v. 7, n. 27, out.-dez./1982.

_____. *Teoria do direito processual penal:* jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2002, p. 54.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Prefácio à 1ª edição. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo.*Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Por que unificar o direito processual? In: *RePro,* v. 7, n. 27, out.-dez./1982, p. 40-48.

O fim do anonimato do dador na procriação medicamente assistida e o triunfo direito ao conhecimento das origens genéticas em Portugal através do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º225/2018

The End of the donor's anonymity in medically assisted procreation and the triumph of the right to knowledge of genetic origins in Portugal through the Judgment of the Constitutional Court

Cândida Carvalho[306]
Universidade Católica Portuguesa do Porto

Sumário: 1. Introdução. 2. A dignidade da pessoa humana inerente ao indivíduo proveniente de PMA. 3. Do direito ao conhecimento das origens genéticas. 3.1. Direito à identidade pessoal. 4. A regra do anonimato do dador e a controvérsia em torno do artigo 15.º da LPMA. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

O direito ao conhecimento das origens genéticas era um direito há muito tempo defendido e aclamado por alguns dos especialistas em direito; contudo, um direito pouco respeitado ou de difícil aplicação em casos como a adoção, a procriação medicamente assistida e a gestação de substituição, sobretudo, por haver diversos direitos das partes em conflito, nomeadamente o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar. Porém, o ordenamento jurídico português sofreu algumas alterações com a entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, que aprovou o novo Regime Jurídico do Processo de Adoção (RJPA) e reconheceu o direito ao conhecimento das origens genéticas do adotado. Atualmente, de acordo com o artigo 1990.º-A, do Código Civil (CC) é reconhecido aos adotados o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos e com os limites definidos no diploma que regula o processo de adoção.

[306]Doutoranda em Bioética, Instituto de Bioética, Universidade Católica Portuguesa do Porto. Doutoranda em Direito com especialidade em Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Processuais, na Universidade Autónoma de Lisboa. Mestranda em Bioética, na *UniversidaddelMuseo Social Argentino*, Buenos Aires. Investigadora na IBEROJUR, na área de Bioética e Direito Biomédico e no Instituto de Bioética, Universidade Católica Portuguesa do Porto. Pós-graduada em Direito da Medicina, pelo Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito das Energias Renováveis, pelo Departamento de Altos Estudos em Direito da Energia, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada-estagiária. Licenciada em Direito. candidacarvalho.dc@gmail.com

Os defensores do direito ao conhecimento das origens genéticas continuaram a manifestar-se e um grupo de trinta deputados veio requerer à Assembleia da República a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de alguns preceitos da Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), a Lei n.º32/2006, de 26 de julho, designadamente o artigo 15.º, sob epigrafe "confidencialidade", n.º 1 e 4, em conjugação com o n.º1 e 2, do artigo 10.º e o n.º1, do artigo 19.º, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética, previsto no n.º1 e 3, do artigo 26.º da CRP; do princípio da dignidade da pessoa humana, prenunciado no artigo 1.º e alínea e), n.º2, do artigo 67.º da CRP; do princípio da igualdade, conjeturado no artigo 13.º da CRP; e, do princípio da proporcionalidade n.º2, do artigo 18.º da CRP[307].

Atendendo à complexidade da causa, propomos desmistificar cada direito e princípio considerados como violados e que estão na base do pedido de inconstitucionalidade do referido artigo 15.º da LPMA. Começaremos por analisar o princípio da dignidade humana, uma das bases da República Portuguesa, presente no artigo 1.º da CRP, o que significa que a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais[308],o que legitima a imposição de deveres de proteção especiais, isto é, o Estado tem o dever público de proteger as pessoas em qualquer situação que atente contra a sua dignidade. Prosseguindo com o estudo do direito à identidade pessoal e finalizaremos com a análise em torno do artigo 15.º da LPMA e a decisão do Tribunal Constitucional (TC).

2. A dignidade da pessoa humana inerente ao indivíduo proveniente de PMA

A dignidade é pessoal mas também universal. Todas as pessoas merecem ser tratadas com igual dignidade. No melhor entendimento de Jorge Miranda e Rui Medeiros, o princípio da dignidade implica uma especial proteção das pessoas mais vulneráveis, cuja dignidade seja facilmente posta em causa[309] como o caso dos indivíduos que não têm acesso à sua verdade biológica, por haver normas que os impeçam, entre outras situações.

É importante referir que a dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projeto espiritual de cada pessoa, o que significa que tem que haver uma abertura às novas exigências da

---

307 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, 7 de maio de 2018. Processo n.º 95/17. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized

308 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa. Anotada. Vol. I. 2007. p. 198.

309 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 84.

própria pessoa[310], queremos com isso dizer que a dignidade é um valor autónomo que exige respeito e proteção.

Se verificarmos o que ocorreu até à decisão do TC em relação à PMA, facilmente concluímos que houve uma subvalorização da vontade, da necessidade, da liberdade, da autonomia e do projeto de vida dos beneficiários da PMA, assim como uma proteção especial dos dadores em PMA, ao permitir manter todo o processo sob sigilo e o anonimato em relação à identidade civil do dador. Como reflexo, as pessoas provenientes das técnicas de PMA permaneceram em segundo plano, pois, por haver maior respeito – por parte do Estado e do Direito – pelos seus pais e pelo dador, nunca tiveram totalmente reconhecida nem a sua dignidade enquanto pessoa, por serem pessoas limitadas à vontade e ao projeto de vida dos seus pais, ou da sua mãe; nem os seus direitos, designadamente, o direito à identidade pessoal.

Pela primeira vez, através do Acórdão do Tribunal Constitucional (ATC) n.º225/2018, foi possível refletir sobre os valores em causa e concluir que, pese embora os pais, os beneficiários da PMA e os dadores necessitem de proteção e de respeito pela sua dignidade e pelos seus direitos; a verdade é que todos estão conscientes que fazem parte de um processo, que embora pessoal, terá como consequência o nascimento de uma pessoa, com igual dignidade e direitos e que, em momento algum, poderão admitir ou exigir a limitação dos direitos dessa criança, ou diminuir ou sacrificar a sua dignidade ou os seus direitos em prol da defesa dos direitos pessoais; caso contrário, não estaríamos perante um caso de amor e de altruísmo na constituição de uma família com base no respeito e na igualdade mas sim, numa situação de egoísmo em que a base da relação familiar seria a desigualdade, onde a vontade e os desejos dos beneficiários seriam absolutos em relação aos da criança e futuro adulto proveniente de técnicas de PMA.

Neste sentido, defendemos que deve ser garantido a todas as pessoas fruto da PMA, os mesmos direitos daquelas que nascem sem recorrer às referidas técnicas, visto que continuam a ser seres humanos, todavia com realidades sociais e familiares distintas, mas continuam a ser pessoas com dignidade e por isso, tem de ser garantido um nível mínimo de condições para que possam desenvolver a sua personalidade e saibam quem são verdadeiramente, através do acesso a informações relacionadas com as suas origens e a sua verdade biológica. Assim, será sempre por referência à dignidade humana que deve falar-se em direito ao conhecimento das origens genéticas[311].

---

310 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Op. Cit.,* p. 198.

311 REIS, Rafael Luís Vale e – O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. P. 58.

3. Do direito ao conhecimento das origens genéticas

3.1 Direito à identidade pessoal

Segundo Paulo Otero, este direito assume duas dimensões diferentes[312]:

A identidade pessoal tem uma dimensão absoluta ou individual – cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do caráter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano: cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais;

a) A identidade pessoal comporta também uma dimensão relativa ou relacional – cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respetivos progenitores, podendo falar-se num "direito ao conhecimento das origens genéticas".

Para a nossa investigação, a identidade pessoal relativa assume maior relevância. Esta ideia de relação implica um direito a conhecer as suas origens, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que lhe deram origem. Acompanhando a linha de pensamento de Paulo Otero, o direito ao conhecimento das origens envolve o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado ou, mais amplamente, o direito a conhecer o património genético, elemento este que, além de reflexos na prevenção de certas doenças, pode ter decisiva importância psíquica não só ao nível do direito à identidade como também quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade[313]. Segundo o autor, daqui resultam duas consequências imediatas:

a) Por um lado, não é aceitável qualquer sistema normativo de segredo que vede ao interessado a possibilidade de conhecer a forma como foi gerado ou o respetivo património genético;

b) Não existem interesses ou direitos concorrentes de quaisquer outras pessoas intervenientes no processo – *v.g.*, a tutela dos respetivos direitos à privacidade – que possam impedir alguém de conhecer a respetiva origem e o património genético;

O direito ao conhecimento das origens compreende ainda o concreto direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores[314].

Acolhemos o pensamento de Rui Nunes quando este afirma que

> o direito à identidade e à individualidade é hoje considerado como um direito pertencente à categoria dos direitos humanos fundamentais. Direito este que pode tomar contornos éticos variados, nomeadamente, o direito do sujeito a ser informado sobre a sua ascendência biológica ou, paradoxalmente, a não ser informado sobre o seu património genético, isto é, negando o conhecimento da sua própria identidade[315].

---

312 OTERO, Paulo – Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética. Almedina: Coimbra, 1999. P. 64.
313 OTERO, Paulo, *Op. Cit.,* p. 72.
314OTERO, Paulo, *Op. Cit.,* p.73.
315 NUNES, RUI – GeneÉtica. Almedina: Coimbra, 2013. P.77.

4. A regra do anonimato do dador e a controvérsia em torno do artigo 15.º da LPMA

Emerge do artigo 15.º da LPMA que todas as pessoas que tenham conhecimento do recurso a técnicas de PMA, ou da identidade dos participantes do processo, estão ao abrigo do sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio processo de PMA; as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA não podem ter acesso à identidade do dador, podem, apenas, ter acesso a informações de natureza genética que lhes digam respeito; podem obter informações sobre eventual existência de impedimento legal em relação ao casamento e podem ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

Em bom rigor, o referido artigo subordina o filho à vontade dos pais em revelar ou não a verdade sobre a sua origem; notoriamente, estaremos sempre perante um conflito de direitos fundamentais entre ambas as partes: o direito à identidade pessoal e o direito ao conhecimento das origens genéticas por parte do filho, em conflito com o direito à reservada da intimidade da vida privada e familiar dos pais/beneficiária. Mas este artigo coloca ainda a pessoa consequência da PMA numa situação periclitante de conseguir comprovar, ou melhor, justificar o seu desejo de conhecer as suas origens e sujeitar-se a discricionariedade judicial.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) pronunciou-se diversas vezes em relação ao direito ao conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas. No Parecer n.º 23/CNECV/98, sobre o Projeto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida, aquele Conselho afirma que:

> a PMA heteróloga põe radicalmente em causa princípios, valores e conceitos tradicionais relativos à geração da vida humana, à identidade pessoal e condições para o seu desenvolvimento, bem como a relação conjugal e à comunidade familiar, e é susceptível de consequências jurídicas e sociais complexas e delicadas. Tanto basta para reconhecer que a reflexão ética sobre esta técnica seja um acto de eminente responsabilidade e dignidade, a exigir: (…) respeito pelos direitos dos eventuais nascituros, que não podem ser secundarizados e muito menos olvidados face aos anseios dos casais estéreis (…)[316]

Adianta que as razões ponderosas para conhecer a identidade do dador, que seriam reconhecidas por sentença judicial, deveriam limitar-se ao facto da pessoa querer saber quem é o seu progenitor genético, sem mais fundamentos, pois, o exercício do seu direito à identidade pessoal é suficiente para que tivesse acesso à informação solicitada[317].

Atendendo ao Parecer 44/CNECV/04 verificamos que este também se refere ao direito ao conhecimento das origens genéticas, afirmando que:

---

[316] Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Relatório sobre o Projecto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida. P. 4. Acedido a 15 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1293540615_P023_PMA.pdfAcesso em: 16 jan. 2019.

[317] *Ibidem*, p. 5 e 16.

> no caso de PMA com recurso a dador de gâmetas, deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioria legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica. A informação genética relevante para a saúde do filho biológico e não identificável do dador deverá manter-se permanentemente disponível, podendo ser solicitada, antes da maioridade do filho biológico, pelos representantes legais deste.

Continua, expondo que "o conhecimento da identidade do dador de gâmetas não poderá implicar, por parte do filho biológico, a reivindicação de quaisquer direitos em relação àquele ou de deveres daquele para com o próprio"[318].

O TC pronunciou-se anteriormente sobre o direito ao conhecimento das origens genéticas, através do Acórdão n.º101/2009, este Acórdão começa por reconhecer que do ponto de vista jurídico-constitucional estavam em causa direitos fundamentais diferentes; por um lado, o direito ao conhecimento das origens genéticas da pessoa nascida de PMA e, por outro lado, o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar.[319]

O Tribunal atesta que a identidade pessoal que,

> o reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam refletir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal.

Concluindo que o modelo de anonimato do dador, não merece censura constitucional, pois, o direito a constituir família é um fator a ponderar na admissibilidade subsidiária da procriação heteróloga e, portanto, "não é de considerar como constitucionalmente inadmissível que o legislador crie as condições para que sejam salvaguardadas a paz e a intimidade da vida familiar, sem interferência de terceiros dadores que, à partida, apenas pretenderam auxiliar a constituição da família".[320]

5. Considerações finais

A doutrina portuguesa vem, desde há muitos anos, debatendo a problemática do anonimato dos dados, do direito ao conhecimento das origens genéticas e dos direitos fundamentais em conflito. Como foi possível demonstrar ao longo de toda a investigação o direito à identidade é um direito fundamental, constitucionalmente consagrado no artigo 26.º da CRP, que tem na sua base o princípio da dignidade humana.

---

[318] Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer 44/CNECV/04. Parecer n.º 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Procriação Medicamente Assistida. P. 4. Acedido a 19 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdfAcesso em: 15 jan. 2019.
[319] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009. Processo n.º 963/06. Disponível em https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximizedAcesso em: 18 jan. 2019.
[320] *Idem.*

O direito à identidade pessoal envolve um direito à historicidade pessoal, isto significa que todo o ser humano tem o direito a saber como foi gerado, quem são as pessoas envolvidas e que contribuíram biologicamente para sua formação, como por exemplos, os dadores; e de ter acesso a todos os elementos necessários para que possa desenvolver livremente a sua personalidade, com base no princípio da verdade biológica e, desta forma, construir ou completar a sua identidade pessoal.

A regra do anonimato ora em análise, presente no artigo 15.º da LPMA, facilmente demonstra uma situação de discriminação das pessoas nascidas de técnicas de PMA, em relação às restantes; acresce, a situação de subordinação daquelas pessoas ao projeto de vida do casal beneficiário ou da mãe beneficiária, ao direito à privacidade ou ao direito da reserva da intimidade da vida privada e familiar destes e dos dadores.

É importante refletir que as pessoas nascidas por intermédio de PMA não podem estar sujeitos a sacrifícios ou limitações em prol da proteção de direitos de terceiros, como seja o direito a constituir família, por exemplo; ou, em proveito de um equilíbrio entre os direitos constitucionais de forma a garantir a unidade familiar, proporcionando a tão aclamada paz familiar. Contudo, questionamos que paz familiar é essa, ou de que unidade familiar estamos a falar, que traz conforto a alguns elementos da família, enquanto outros, inevitavelmente, não estão plenamente conformes, interrogando-se sobre a sua identidade, necessitando de respostas para as suas interrogações existenciais.

Facilmente constatamos os interesses fundamentais em conflito: por um lado, invoca-se o interesse dos pais em não revelar a verdade aos seus filhos, por receio de um eventual afastamento ou, em última instância, de perda deste, pois o filho, num determinado momento da sua vida, poderá sentir a necessidade de saber mais sobre si mesmo, de conhecer as pessoas que contribuíram para a sua existência, entre outras situações. Além disso, receia-se que a revelação da identidade dos dadores de gâmetas poderia conduzir ao surgimento de relações de paternidade e maternidade despidas de um projeto real que ansiasse essas mesmas relações. Por fim, defende-se que a regra do anonimato garante a existência de dadores, e concomitantemente, a própria viabilidade da PMA heteróloga; fundamento que perde facilmente a sua força, em primeiro lugar devido às experiências dos países europeus que aboliram em absoluto o anonimato do dador e, em segundo lugar porque acredita-se que o dador age munido de um sentimento altruísta, sensibilizado com o projeto de vida de determinadas pessoas que, por algum motivo, têm de recorrer à PMA, no fundo, o que mais deseja é ser útil para aquele casal ou para aquela mãe, sem qualquer outro interesse.

No entanto, perante todos os conflitos em causa, o TC decidiu, através do ATC n.º 225/2018, declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º1 e do

n.º4, do artigo 15.º da LPMA, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º2, com o artigo 26.º, n.º1, ambos da CRP.

6. Referências bibliográficas

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009. Processo n.º 963/06. Disponível em https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa. Anotada. Vol. I. 2007.

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer 44/CNECV/04. Parecer n.º 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Procriação Medicamente Assistida. P. 4. Acedido a 19 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Relatório sobre o Projecto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida. P. 35. Acedido a 15 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1293540615_P023_PMA.pdf

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1822-0.

NOVAIS, Jorge Reis – A Dignidade da Pessoa Humana. Vol. I. Almedina: Lisboa, 2015. ISBN 978-972-40-6157-3.

NUNES, RUI – GeneÉtica. Almedina: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-40-5181-9.

NUNES, Rui – Estudo N.ºE/17/APB/10 - Testamento Vital. Associação Portuguesa de Bioética. [em linha] [Consult. 13 abr. 2016]. Disponível em file:///C:/Users/Candida%20Carvalho/Downloads/1284923005parecer-testamento_vital.pdf

NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de – Testamento Vital. Almedina: Coimbra, 2012. ISBN 978-972-40-4538-2.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – Direito de Personalidade. Lisboa: Almedina, 2014. Depósito Legal 250316/06.

REIS, Rafael Luís Vale e – O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1582-3.

OTERO, Paulo – Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética. Almedina: Coimbra, 1999. Depósito Legal 141988/99.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, 7 de maio de 2018. Processo n.º 95/17. P. 1936. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized.

A incidência das garantias da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos sancionadores conduzidos pelas agências reguladoras brasileiras

The impact of the guarantee of full defense and the adversarial system in the administrative sanctioning procedures conducted by Brazilian regulatory agencies

Gabriel Vinicius Carmona Gonçalves[321]
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumário: 1. Introdução. 2. A incidência da ampla defesa e do contraditório na atuação das agências reguladoras: breve análise das principais normas de processo administrativo sancionador. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. Introdução

O contraditório e a ampla defesa, erigidos a garantias na Constituição Federal Brasileira de 1988, como corolários fundamentais do devido processo legal, devem permear toda a atuação da Administração Pública.

Como se apontará no presente artigo, no Direito Administrativo Sancionador, a incidência dessas garantias se faz ainda mais necessária, posto que as restrições aos direitos dos particulares por meio da atuação sancionatória do regulador não podem ocorrer à revelia dos direitos a esses garantidos.

A hipótese principal aqui apresentada é que a atuação sancionadora dos reguladores públicos só é legítima quando permeada pela garantia de ampla participação do interessado no processo de aplicação de sanção, e pela possibilidade de influenciar - com as suas razões - a decisão final da Administração Pública.

2. A incidência da ampla defesa e do contraditório na atuação das agências reguladoras: breve análise das principais normas de processo administrativo sancionador.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório têm assento constitucional (art. 5º, LV[322]), e garantem ao administrado a oportunidade de ser ouvido (contraditório) e de refutar as

[321] Contato gabriel.goncalves@pnm.adv.br.
[322] "*(...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

alegações a ele imputadas, devendo a lei apresentar, para tanto, todos os recursos que garantam a sua reação (ampla defesa).

Como aponta Marcelo Harger (2001, p. 150), esses princípios "ressaltam diferentes aspectos do due process". Ainda, segundo o mesmo autor, "apesar de ser possível separá-los mediante uma abstração, pode-se dizer que eles estão intimamente relacionados". Isto é: contraditório e ampla defesa encontram-se relacionados a um ponto que não faz sentido algum analisá-los de forma separada, porque complementares e essenciais, perfazendo a grande base de proteção contra o arbítrio estatal.

O contraditório é tradicionalmente sintetizado pela doutrina através do binômio "informação - reação", ou seja, nos direitos de o interessado ter ciência das alegações contra ele formuladas, bem como na possibilidade de contrapor essas alegações com novos fatos (ou até mesmo manifestar a sua concordância e reconhecer a procedência das alegações formuladas pela outra parte).

Contudo, essa visão puramente formal do contraditório vem perdendo espaço para uma interpretação mais ampla e plural desse princípio, denominado "contraditório substancial". Sobre o tema, André Pagani de Souza (2014, p. 136) explica que:

> O princípio do contraditório, se rigorosamente observado em todas as suas dimensões de informação, reação, participação (diálogo) e cooperação, proíbe a prolação de decisões cujos fundamentos versem sobre matérias não tratadas no processo, sobre as quais as partes não tomaram conhecimento ou não tiveram oportunidade de se manifestar.

No processo administrativo, essa nova visão do contraditório tem ainda mais importância, tendo em vista que, ao contrário do processo judicial, em que a regra é a solução de um conflito de interesses juridicamente relevantes, por um terceiro imparcial (juiz), no âmbito administrativo não há (pelo menos em tese) essa dicotomia, até mesmo pelas características que lhe são próprias, como o dever do administrador perseguir a verdade real, o dever de busca - por ambas as partes - do interesse público primário, bem como do informalismo que lhe é peculiar.

Contudo, é a dupla atuação da Administração Pública no processo administrativo sancionador (enquanto sujeito processual que formula a acusação em face do administrado e que decide a questão) que indica de forma mais acentuada a necessidade de uma observância mais detida do contraditório nessa relação jurídica, uma vez que as partes não se encontram em posições equânimes. Veja-se, a propósito, a lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 18), para quem:

> O contraditório garante não apenas a oitiva da parte, mas que tudo quanto apresente ele no processo, suas considerações, argumentos, provas sobre a questão sejam devidamente levadas em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetividade e não apenas se cinja à formalidade de sua presença. Por isso mesmo o contraditório deve ser resguardado em todo o processo, vale dizer, mesmo em fase de recurso; apresentado um, há que se ouvir a parte contra quem se recorre, para que ela possa contra-arrazoar o quanto posto pelo recorrente.

O princípio da ampla defesa, por seu turno, estatui que devam ser garantidos ao acusado todos os meios possíveis para demonstrar a sua versão dos fatos em discussão nos autos do processo, e ter esses fatos (obviamente, cotejados com todo o conjunto probatório) efetivamente considerados quando da decisão final. Como expõe Odete Medauar (2008, p. 119):

> A Constituição Federal de 1988 alude, não a simples direito de defesa, mas, sim, a ampla defesa. O preceito de ampla defesa reflete a evolução que reforça o princípio e denota elaboração acurada para melhor assegurar sua observância. Significa, então, que a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas para evitar sanções ou prejuízos e preservar interesses, não pode ser restrita, no contexto em que se realiza. Daí a expressão final do inc. LV, 'com os meios e recursos a ela inerentes', englobados na garantia, refletindo todos os seus desdobramentos, sem interpretação restritiva.

Trata-se, portanto, de um princípio que acopla diversas garantias, de caráter eminentemente processual, que devem ser observadas pela Administração Pública no decorrer do procedimento por ela conduzido. A propósito dos diversos desdobramentos do princípio da ampla defesa, Carmen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 19-20) aponta que:

> O princípio da ampla defesa acopla várias garantias. O interessado tem o direito de conhecer o quanto se afirma contra os seus interesses e de ser ouvido, diretamente e/ou com patrocínio profissional sobre as afirmações, de tal maneira que as suas razões sejam coerentes com o quanto previsto no Direito. Na primeira parte se tem, então, o direito de ser informado de quanto se passa sobre a sua situação jurídica, o direito de ser comunicado, eficiente e tempestivamente, sobre tudo o que concerne à sua condição no Direito. Para que a defesa possa ser preparada com rigor e eficiência, há de receber o interessado todos os elementos e dados sobre o quanto se ponha contra ele, pelo que haverá de ser intimado e notificado de tudo quanto sobre a sua situação seja objeto de qualquer processo. Assim, não apenas no início, mas no seguimento de todos os atos e fases processuais, o interessado deve ser intimado de tudo que concerne a seus interesses cogitados ou tangenciados no processo. Tem o direito de argumentar e arrazoar (ou contra-arrazoar), oportuna e tempestivamente (a dizer, antes e depois da apresentação de dados sobre a sua situação jurídica cuidada na espécie), sobre o quanto contra ele se alega e de ter levado em consideração as suas razões. A apresentação de defesa formal, produzida com a argumentação que comprove a sua contradição ao quanto contra ele se alega, pode ser feita diretamente ou mediante patrocínio profissional. A garantia do advogado (art. 133 da Constituição da República) exige mesmo que o Estado providencie um, mesmo no processo administrativo, para aquele que lhe requisitar, comprovando-se que não o pode contratar sem o comprometimento de suas condições de subsistência ou de seus dependentes. Para a comprovação de seus argumentos e razões, tem ele o direito de produzir provas, na forma juridicamente aceita.

Tomando como referência as lições das autoras mencionadas acima, podemos elencar que, em decorrência direta do princípio constitucional da ampla defesa, devem ser garantidos ao administrado os seguintes direitos nos processos sancionadores:

a) O direito de ser cientificado do início do procedimento (inclusive sendo oportunizada a vista tempestiva dos autos, e também a obtenção de cópia integral do processo, se assim o desejar), bem como de todos os atos processuais, na pessoa do seu representante legal;

b) O caráter prévio da defesa administrativa, i.e., a oportunidade de apresentação da defesa deve se dar antes de qualquer decisão de mérito por parte da administração, a fim de que os

argumentos apresentados pelo administrado sejam efetivamente apreciados pelo agente público competente;

c) A possibilidade de defesa técnica do administrado, se este assim o desejar;

d) O direito à autodefesa (pormenorizada nos direitos de presença nas diligências, de fiscalização e de audiência, para prestar diretamente os esclarecimentos cabíveis e relatar os fatos necessários);

e) A inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos; e, por fim,

f) O direito de interpor recurso administrativo, efetivando-se, assim, a garantia do duplo grau na esfera administrativa.

Na atuação das agências reguladoras brasileiras, nem sempre essas garantias fundamentais são observadas nos atos normativos que disciplinam a aplicação de sanções aos agentes regulados.

A Agência Nacional de Telecomunicações ("ANATEL") tem como prática a edição de súmulas que publicizam a interpretação do seu Conselho Diretor para diversas questões. Muitas dessas súmulas, contudo, contrariam frontalmente os critérios acima elencados, como as Súmulas 12 (que obsta a interposição de recursos em face de ato administrativo que determine ou formalize a instauração de processo administrativo sancionador), 14 (que dispõe que caberá pedido de reconsideração em face de decisão proferida pelo seu Conselho Diretor apenas caso a referida deliberação tenha ocorrido até o dia 1º de maio de 2013) e 17 (que estabelece que, quando houver juízo de retratação, o recurso anteriormente interposto será encaminhado diretamente à autoridade competente, sem possibilidade de nova manifestação pelo interessado).

No caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar ("ANS"), merece destaque o exíguo prazo de dez dias (corridos) para a apresentação de defesa administrativa, que pode prejudicar a coleta de documentos pelo particular e a boa instrução do feito, bem como a possibilidade de convalidação de autos de infração nulos, autorizada pelo seu regulamento processual interno[323].

No âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres, uma questão chama atenção, e tem gerado incontáveis discussões no Poder Judiciário em face de atos decisórios por ela proferidos: a supressão, no rito simplificado do processo administrativo sancionador, da oportunidade de apresentação das alegações finais, nulificando os atos posteriormente praticados (especialmente os atos decisórios)[324].

---

[323] Resolução Normativa nº 388, de 25 de novembro de 2015.

[324] Merece destaque aqui a posição do TRF-4, que tem anulado diversos processos dessa agência reguladora exatamente por constatar a ilegalidade em comento, o que pode ser representado pelos julgados abaixo transcritos:
"ADMINISTRATIVO. ANTT. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SINDICABILIZAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ATOS ADMINISTRATIVOS. NULIDADES. CONCESSIONÁRIA DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS. ALL. MALHA SUL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA. ALEGAÇÕES FINAIS. PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. NOTIFICAÇÃO DA AUTUAÇÃO. (...) 6. A ausência de oportunidade para o oferecimento de alegações finais, caracteriza evidente

A anulação de diversos processos sancionadores pelo Poder Judiciário por ausência de oportunidade para a apresentação de alegações finais demonstra a problemática envolvendo a supressão de fase processual, presente na lei que rege a matéria[325] por uma simples resolução editada pela ANTT[326] que, nesse aspecto, apresenta graves indícios de ilegalidade.

Por fim, vale ressaltar a lição de Agustín Gordillo (2013, p. 404) que apresenta outra faceta decorrente da observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório: para o autor, a existência (ou não) de decisões que observaram as garantias dos administrados pode ser tomada como critério para se aferir a eficácia - que, entre nós, é conhecida como eficiência - administrativa:

> O princípio de ouvir o interessado e o público antes de decidir algo que os atinja não é somente um princípio de justiça. É também um importante critério de eficácia política e administrativa, até mesmo de boas relações públicas e boas maneiras. E, por que não, um princípio e um dever ético. Um governo que se preocupe com a sua imagem diante da opinião pública e de seus eleitores, faria bem em não maltratá-los, privando-os da sua audiência antes da decisão. Ainda, [ouvir os administrados] assegura um melhor conhecimento dos fatos, e ajuda a uma melhor administração, e [leva] a uma decisão mais justa, com menor custo político. O princípio se mantém incólume inclusive quando os fatos sobre os quais se deve decidir parecem absolutamente claros e a prova existente seja contundente e unívoca, porque se a administração leva em conta não somente razões - ou motivos - de legitimidade, mas também motivos de oportunidade, mérito ou conveniência, - e interesse público como soma de interesses individuais coincidentes - então é claro que a voz de quem seja potencialmente afetado, inclusive no mais 'claro' dos casos, traz sempre mais elementos de juízo a se levar em conta para o julgamento do mérito ou oportunidade do ato e seu grau de satisfação ao interesse público comprometido.

A máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo sancionador serve não apenas ao próprio administrado, mas também à

---

arbitrariedade da Administração Pública, abrindo as portas à sindicabilização judicial, nos termos do enunciado n. 473 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 7. Hipótese em que restou demonstrado que não foi oportunizado à parte autora oferecer alegações finais nos autos do processo administrativo. 8. Deve a Administração Pública assegurar o 'devido processo legal', com garantia ao contraditório e à ampla defesa, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. 9. Desnecessária a constatação de prejuízo, porquanto caracterizada ofensa aos princípios da legalidade, contraditório e ampla defesa, do que se extrai a nulidade do ato, ante a presunção advinda do direito de ordem constitucional violado. 10. Apelação parcialmente provida. Remessa oficial improvida". (TRF-4, Apelação Cível/Reexame Necessário n.º 5044175-74.2012.404.7000, Terceira Turma, Relator Desembargador Fernando Quadros Da Silva, juntado aos autos em 16/05/2016).

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. ANTT. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ANTT. NULIDADE DE DECISÃO ADMINISTRATIVA POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. LEI 9.784/99. A decisão administrativa proferida pela ANTT no processo administrativo é nula, por não ter sido oportunizado, à autora, a apresentação de alegações finais, nos termos da Lei n.º 9.784/99". (TRF-4, Apelação Cível/Reexame Necessário n.º 5006661-53.2013.404.7000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 05/11/2013).

[325] O direito às alegações tem supedâneo no artigo 2º, parágrafo único, X, da Lei n.º 9.784/99. Ainda, os artigos 3º, III, e 44 da Lei geral do Processo Administrativo Federal, ratificam o direito inequívoco do administrado à apresentação de alegações finais, antes da decisão do processo:

"Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...) III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente"

"Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado".

[326] Resolução ANTT n.º 5.083/16.

Administração Pública, uma vez que reduzem os custos na condução do processo, e evita as intermináveis discussões quanto à nulidade que são levadas a cabo junto ao Poder Judiciário.

3. Considerações finais.

Do panorama geral exposto acima, depreende-se que as garantias do contraditório e da ampla defesa ocupam lugar de destaque não só na Constituição Federal, como também na legislação ordinária, mas não têm o mesmo espaço na atuação cotidiana das agências reguladoras, que muitas vezes não se balizam nessas garantias estabelecidas em favor dos particulares, e que também lhe servem como parâmetros de eficiência.

De fato, a aplicação das normas derivadas do devido processo legal permite aferir com maior facilidade a correção da atuação da Administração Pública, devendo o regulador adequar os seus atos normativos internos - regulamentos, resoluções e súmulas - e as decisões tomadas em cada um dos processos sancionadores instaurados, sob pena de incorrer não só em ilegalidade, mas em uma patente ilegalidade.

4. Referências

GORDILLO, Agustín **Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general - Tomo 2** . Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. "**Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro**", *In*: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, n. 36, out./dez., 1997, ps. 5 a 28.

SOUZA, André Pagani de. **Col. direito e processo: técnicas de direito processual - Vedação das decisões-surpresa no processo civil**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978850221 6167/pageid/136>. Acesso em 05 de novembro de 2016.

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos como limite ao poder econômico

Acting of the Inter-American Human Rights Court as a Limit to Economic Power

Orly Kibrit[327]
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumário: 1. Introdução. 2. A proteção da cidadania transnacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3. A repressão à prática do "dumping" social sob o viés econômico e como proteção à cidadania. 4. O combate ao "dumping" social pela Corte Interamericana como prática violadora dos direitos humanos: o caso "Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde". 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo a demonstração de que o poder econômico pode ser limitado pela proteção à cidadania transnacional, especificamente pela autuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e com foco no combate ao "dumping" social, que corresponde à deterioração do contrato individual de emprego em benefício do lucro do empregador, com sacrifício das obrigações e encargos sociais tutelares do empregado, de que resulta a prática de concorrência desleal, com a diminuição do preço final do produto mediante a redução de custos com a mão de obra, em desrespeito à dignidade e aos benefícios trabalhistas mínimos

Nesse passo, inicia-se o texto com a análise da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção da cidadania transnacional, demonstrando-se, em seguida, a sua relação com o direito econômico.

Na sequência, passa-se a tratar da repressão à prática do "dumping" social sob o viés econômico e também a partir da proteção à cidadania transnacional.

Por fim, demonstra-se essa relação entre direito econômico, poder econômico e cidadania transnacional, por meio da análise do julgamento proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso "Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde", que resultou na condenação do Brasil

[327]Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: orlykibrit@gmail.com.

por escravidão moderna, a primeira condenação desse viés no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2. A proteção da cidadania transnacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Atualmente, a cidadania é vista sob a dimensão transnacional, de modo que a sua plena efetivação abrange tanto a proteção dos direitos fundamentais, entendidos como aqueles constitucionalmente consagrados no âmbito do direito nacional, quanto dos direitos humanos, tidos como os de consagração internacional[328].

Conforme ensina Flávia Piovesan, forma-se, nesse contexto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que traz em si "o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea"[329]. Os direitos humanos, assim, convertem-se em tema de interesse internacional, tornando-se, por consequência, universais.

Cumpre anotar que essa perspectiva de proteção internacional dos Direitos da Pessoa, em verdade, não surgiu aí, foi concebida por Kant, para quem todo indivíduo é cidadão de um estado em particular e, ao mesmo tempo, do mundo[330].

Com a internacionalização dos direitos humanos, o Estado passa a ter a sua atuação limitada, subordinada aos direitos do cidadão transnacional, de maneira que o conceito de soberania estatal deve ser repensado, agora com atenção às novas diretrizes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não havendo mais sentido na afirmação de autonomia estatal nesse campo da proteção à cidadania.

Desse modo, "os Estados não mais podem justificar a violação de direitos humanos em seu espaço interno sob o argumento do exercício da soberania", porquanto "o indivíduo, enquanto sujeito de direitos no âmbito da ordem jurídica internacional, recebe a garantia de proteção do direito internacional público, que não conhece delimitação territorial"[331].

Nesse sentido, o Estado Constitucional Cooperativo substitui o conceito tradicional de Estado-Nação, trazendo à atuação estatal elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam a clássica ideia de soberania, em que o Estado é uma unidade fechada. Tem-se, assim, uma abertura do direito interno para as normas do Direito Internacional de Direitos

---

[328]PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.
[329]PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 307.
[330] KANT, Immanuel. A paz perpétua. Um conceito filosófico. Tradução de Artur Mourão. Covilhã, 2008. p. 22.
[331]TAIAR, Rogerio. Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. pp. 12-13.

Humanos, com interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano.

Assim, os ordenamentos internacional e nacional formam um todo harmônico, em uma relação de complementaridade.

No contexto brasileiro, verifica-se que a nossa Constituição da República de 1988 institucionalizou a proteção aos direitos humanos pelo Brasil, destacando-se os seus artigos 1º, inciso II, que traz a cidadania como um dos fundamentos da nossa República e 4º, inciso II, que consagra o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil.

Ora, a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está, ao mesmo tempo, reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal.

Nesse passo, o Brasil faz parte do Sistema Interamericano, formado no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

O instrumento mais importante desse sistema é a Convenção Americana de Direitos Humanos, redigida em São José da Costa Rica, em 1969 e que entrou em vigor em 18 de julho de 1978, com o depósito do 11º instrumento de ratificação.

No âmbito desse sistema, para garantir a proteção aos direitos humanos no continente americano, a Convenção estruturou 2 órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Conforme o artigo 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos, os casos podem ser submetidos à Corte pela Comissão ou por um dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, mas não individualmente por um cidadão, que deverá, antes, passar pelo crivo da Comissão em relação a uma alegada violação pelo Estado.

A aceitação da jurisdição da Corte é facultativa, mas, uma vez que se submeta a ela, torna-se obrigatório ao Estado o cumprimento de seus comandos, em observância ao princípio *pacta sunt servanda*, sob pena de responsabilização internacional, nos termos do artigo 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos passou a integrar o ordenamento jurídico interno a partir do Decreto Presidencial 678, de 11 de novembro de 1992.

De seu turno, o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte pelo Brasil, com a sua consequente sujeição a suas decisões, ocorreu por meio do Decreto Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998, e do depósito da respectiva nota junto ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos.

Com isso, o Brasil encontra-se plenamente inserido no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, razão pela qual a atuação estatal encontra-se subordinada não somente aos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico interno, mas também aos direitos humanos assegurados no contexto regional.

3. A repressão à prática do "dumping" social sob o viés econômico e como proteção à cidadania

Na estrutura econômica da Constituição da República de 1988, baseada nos ditames do seu artigo 170[332], tem-se a previsão da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, assegurando-se a livre concorrência.

A Lei 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, traz, em seu artigo 36, a previsão das condutas que constituem infração à ordem econômica, dentre as quais se destaca, para os fins deste trabalho, a de "limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa" (inciso I).

O "dumping" é uma conduta que se enquadra nessa previsão, que consiste na

> (...) operação pela qual bens são vendidos abaixo dos limites normais de comercialização, envolvendo custo de produção, despesas de administração, despesas de comercialização e razoável margem de lucros.
> Em um mercado livre, baseado, em estilo capitalístico, na idéia de lucro, não paira dúvida de que a comercialização deve ter como limites mínimos o custo de produção (...), o custo de administração e o custo de comercialização, com margem de lucro (...). A comercialização abaixo desses limites mínimos denota anormalidade, cuja verificação pode decorrer: a) da necessidade de liquidar estoques para obter disponibilidades financeiras, ou para eliminar mercadorias desatualizadas a fim de substituí-las por novos estoques; ou b) do intuito de adquirir maior participação no mercado (marketshare) competitivo; ou, ainda, c) da eliminação da concorrência para instituir monopólio e, depois, aumentar arbitrariamente os preços.[333]

---

[332]Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII - busca do pleno emprego;
IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[333]BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. O poder econômico perante o direito: estudos de direito econômico. São Paulo: LTr, 1996. p. 146.

Especificamente o "dumping" social, objeto do presente estudo, é uma prática de concorrência desleal em que o agente econômico obtém vantagens competitivas pela redução de seus preços a partir diminuição de seus custos, por meio da exploração dos trabalhadores, "desrespeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e benefícios trabalhistas mínimos"[334].

Pode-se dizer, assim, que a finalidade da prática do "dumping" social, como forma de concorrência desleal, "é a obtenção de vantagens competitivas, isto é o repasse para o preço dos produtos de vantagens obtidas às custas da negação de direitos dos trabalhadores"[335].

Pela ótica do direito econômico, então, o "dumping" social é combatido em vista dos prejuízos que ocasiona à livre concorrência e os consumidores, ou seja, à ordem econômica, ensejando a intervenção estatal pela via do direito econômico.

De outro lado, ao Estado, especificamente ao nosso País, incumbe a função precípua de combater o "dumping" social não só na proteção à ordem econômica, mas também na busca pela efetivação dos direitos da cidadania, sejam os direitos fundamentais constitucionalmente previstos ou os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, quer por meio de sua própria jurisdição, quer pelo cumprimento das determinações advindas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4. O combate ao "dumping" social pela Corte Interamericana como prática violadora dos direitos humanos: o caso "Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde"[336]

Em 4 de março de 2015, a Comissão Interamericana deDireitos submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso "Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde"contra ao Brasil, referente à suposta prática de trabalho forçado e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde,localizada no Estado do Pará.

Segundo consta, milhares de trabalhadores eram submetidos a regime de escravidão e aqueles que conseguiram fugir afirmaram que sofriam ameaças de morte em caso de tentativa de abandono da fazenda, que eram impedidos de saírem livremente e não tinham salários razoável, ficando endividados com o proprietário da fazenda, sem direito a moradia alimentação e saúde com dignidade.

---

[334]CASAGRANDE, Lilian Patrícia; ANTUNES, Tereza Cristina Meurer. O dumping social e a proteção aos direitos sociais dos trabalhadores. Cadernos do Programa de Pós-Graduação. Direito/UFRGS. Vol. 9, n. 2, 2014. p. 1.

[335]CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar; SAYEG, Ricardo Hasson. Dumping social: infração da ordem econômica humanista. Lex Humana, v. 6, n. 1, 2014. Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil. p. 74.

[336] Análise feita com base na sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no referido caso, disponível em http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf [Acesso em 15 fev. 2019].

A situação seria de responsabilidade do Estado já que, segundo noticiado, teve conhecimento das ocorrências desde 1989, mas não teria tomado as providências cabíveis para a proteção dos cidadãos e punição dos agentes.

Diante disso, submetido o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foi analisada eventual violação às previsões do artigo 6º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata da proibição da escravidão e da servidão, especificamente em seus itens 1 e 2, segundo os quais:

> 1.Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.
> 2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.

Ao julgar o caso, então, a Corte entendeu que a circunstância verificada na Fazenda Brasil Verde representava uma situação de escravidão, condenado o Estado brasileiro, em uma decisão inédita acerca do tema, com o objetivo de proteger os direitos humanos dos trabalhadores, que foram tomados como verdadeiro limite ao exercício do poder econômico.

5. Conclusão

Por meio do presente trabalho, verificou-se que a nossa Constituição Econômica, baseada nos princípios do artigo 170 da Constituição Federal, traz previsão da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, assegurando-se a livre concorrência.

Para a prevenção e repressão de infrações à ordem econômica, foi editada a Lei 12.529/11, que prevê como condutas a serem combatidas, por prejudicaram a ordem econômica, as de "limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa" (inciso I), entre as quais está o "dumping", consistente na conduta voltada à eliminação da concorrência pela compressão desleal de custos.

O trabalho abordou especificamente o "dumping" na sua forma social, em que a redução dos custos se dá a partir da supressão dos direitos dos trabalhadores, a fim de demonstrar a estreita relação existente entre o direito econômico e a proteção aos direitos humanos.

Com efeito, apesar de o "dumping" social ser tratado com maior enfoque dentro do direito econômico, também deve ser visto sob o viés do Direito Internacional dos Direitos Humanos, eis que acaba por ferir a dignidade dos trabalhadores sujeitos às condições degradantes impostas pelo agente econômico na busca pela redução de lucros.

Como visto, houve, inclusive, uma condenação proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil, pela violação aos direitos humanos dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, submetidos, ao entendimento da Corte, a situação de escravidão.

Assim, é possível afirmar que a prática do "dumping" social constitui ponto de encontro entre o direito econômico e os direitos humanos, permitindo e determinando a intervenção estatal no domínio econômico não só para a proteção da ordem econômica, eventualmente atingida pela concorrência desleal, mas também para a proteção dos direitos humanos trabalhadores envolvidos, independentemente de eventual prejuízo à concorrência ou aos consumidores.

6. Referências

BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. **O poder econômico perante o direito**: estudos de direito econômico. São Paulo: LTr, 1996.

CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar; SAYEG, Ricardo Hasson. **Dumping social**: infração da ordem econômica humanista. Lex Humana, v. 6, n. 1, 2014. Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil.

CASAGRANDE, Lilian Patrícia; ANTUNES, Tereza Cristina Meurer. **O dumping social e a proteção aos direitos sociais dos trabalhadores**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação. Direito/UFRGS. Vol. 9, n. 2, 2014.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua.** Um conceito filosófico. Tradução de Artur Mourão. Covilhã, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2004.

TAIAR, Rogerio. **Direito Internacional dos Direitos Humanos:** uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

Site

http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf [Acesso em 15 fev. 2019].

Regulação sustentável em telecomunicações: a oportunidade com a inovação 5G

Sustainable regulation in telecommunications: the opportunity with innovation 5G

Ana Paula Silvestrini Vieira Alves[337]
Doutoranda em Direito Público na Universidade de Coimbra

Sumário: 1. Regulação Sustentável. 2. Sobre a quinta geração de telefonia móvel. 3.Considerações finais. 4. Referências.

1. Regulação Sustentável

A regulação sustentável remete para análise de riscos e promoção de ganhos ambientais, não só em indústrias pesadas, mas também na indústria de tecnologia da informação e de comunicações. Isso porque, embora aparente ser naturalmente "mais verde", devido à menor emissão relativa de dióxido de carbono do que outros ramos industriais, o setor de telecomunicações desperta preocupações atreladas à poluição eletromagnética, aos impactos causados pela implantação de redes, à destinação de resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos e ao uso de substâncias consideradas prejudiciais ao ambiente e à saúde, como o chumbo e o mercúrio, por exemplo.[338]

Como se não bastassem essas particularidades "discretas e silenciosas" dos impactos ambientais gerados no setor de telecomunicações, os planos econômico e social devem também serem criteriosamente considerados em sua regulação para atender à sustentabilidade.

No âmbito econômico, a regulação sustentável é aquela que enfrenta de modo responsável as falhas alocativas e distributivas do mercado, como as externalidades negativas, os abusos de poder dominante, as assimetrias de informação, as competições predatórias e o consumismo a longo prazo[339]. Na esfera social, é aquela que promove preços e tarifas justos, massificação de serviços e inclusão digital, preocupando-se com a diminuição das desigualdades.

---

[337] E-mail: apsva@student.uc.pt

[338] Neste sentido estão em vigor na União Europeia as seguintes Diretivas: Diretiva 2012/19/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativa aos resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos (REEE). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2012/19/oj. Último acesso em: 12/02/2019; Diretiva 2011/65/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011, relativa à restrição do uso de determinadas substâncias perigosas em equipamentos elétricos e eletrônicos. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0065&from=LV. Último acesso em: 12/02/2019.

[339]JUAREZ, Freitas. *Teoria da regulação administrativa sustentável*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, set./dez. 2015, p. 119.

Trata-se, portanto, de pensar a regulação em sentido amplo, nas dimensões econômica, social e ambiental, para a prosperidade atual e das futuras gerações[340], mediante a adoção de estratégias para coibir o desenvolvimento econômico acrítico, que temos visto provocar bolhas especulativas, corrupções, desconfianças institucionais, inseguranças jurídicas, tragédias sociais e ambientais[341].

Para a concretização de tal postura regulatória, necessário se faz operar com precaução, isto é, com vistas a limitar não só os riscos comprovados, mas também os riscos potenciais. A atuação regulatória proativa é atenta ao funcionamento do setor para, ao notar uma hipótese de dano, impedir a prática imediata e averiguar tecnicamente a real existência de risco, tendo a partir daí fundamentos para embasar o bloqueio ou a liberação da atividade pelos operadores do mercado.[342]

2. Sobre a quinta geração de telefonia móvel

Vemos a chegada de serviços de quinta geração móvel (5G) como uma oportunidade para os reguladores do setor de telecomunicações reverem as estratégias até então adotadas, valendo-se do grande interesse dos agentes de mercado nestes novos serviços a favor da sustentabilidade.

A tecnologia 5Gé considerada um fator de mudança não só para o setor de telecomunicações em si, mas para todas as cadeias produtivas, pois possibilita transformações industriais através dos serviços de banda larga sem fios com velocidades ao nível dos *gigabits*, apoio a novos tipos de aplicações para conectividade de objetos e dispositivos (*Internet* das Coisas) e desenvolvimento de modelos empresariais inovadores em vários setores, como transportes, saúde, energia, educação e entretenimento[343]. A tecnologia 5G será a plataforma de comunicações do futuro próximo de realidade virtual e aumentada, carros autônomos e cidades inteligentes, em um ambiente sempre conectado, com grande potencial para melhoria de diversos setores de nossas vidas.

Estima-se que as receitas provenientes das redes 5G a nível mundial deverão atingir o equivalente a 225 mil milhões de euros em 2025. Entretanto, a riqueza econômica a ser gerada por estes novos serviços tem um elevado custo.

---

340 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional*. In: Polytechnical Studies Review 2010, Vol VIII, nº 13, p. 9.

341 JUAREZ, Freitas. *Teoria da regulação administrativa sustentável*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, set./dez. 2015, p. 119.

342 ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução: manual de instruções*. In: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, nº 2, 2008, p 20.

343COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões - *5G para a Europa: um Plano de Ação* [COM(2016) 588 final]. Bruxelas, 14/09/2016, item 1. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0588&from=PT. Últimoacesso em: 14/02/2019.

De fato, para viabilizarem o 5G, os operadores de rede planejam quevão utilizar não apenas as bandas de baixa e média frequência do espectro radioelétrico, como é feito para as tecnologias sem fio atuais, mas também banda de alta frequência, que leva a distâncias mais curtas. Por isso, os operadores precisarão de um número muito maior de pontos de acesso (*smallcells*). Nos EUA, por exemplo, estima-se que serão necessárias 800.000 pequenas células para tornar o 5G realidade, mas a rede existente para 2G, 3G e 4G, construída ao longo de muitos anos, tem apenas pouco mais de 200.000 torres de celular.[344]

Além do elevado custo, também a pressa do mercado é um obstáculo a ser vencido pelos operadores de telecomunicações. Enquanto se busca formas de diminuir o tempo de implantação de uma pequena célula, que atualmente pode levar até 24 meses, os fornecedores de telemóveis estimam que no final de 2020 as vendas de aparelhos 5G serão de mais de 15 milhões de unidades, representando aproximadamente 1% de todas as vendas de *smartphones*[345].

Toda evolução das tecnologias móveis, que tem ocorrido em média a cada 10 anos, coloca os operadores da indústria de telecomunicações no dilema entre atuarem isoladamente ou em conjunto, o que é difícil de ser resolvido em um setor tão competitivo. Entretanto, a tecnologia 5G não tem deixado margem de escolha aos operadores de rede: sem tempo para evoluírem os rendimentos decorrentes do que foi investido em 4G, já se deparam com nova tecnologia e utilizadores interessados, que cobram a produção em larga escala dos protótipos de novos aparelhos e a implantação da infraestrutura necessária com urgência.

A riqueza a ser gerada com os serviços 5G, a pressa do mercado e os elevados custos de investimento em infraestrutura pressionam os agentes do setor de telecomunicações, tanto do âmbito público como privado, a agirem em conjunto, como um time a somar esforços, pelo menos neste início de jogo.

No âmbito privado, é praticamente consenso de que não é possível que a tecnologia 5G se desenvolva plenamente sem um esforço de troca de experiências e modelos entre as próprias operadoras e entre as operadoras e diferentes setores da economia que serão impactados pelos novos serviços[346].

---

[344] HAYS, Dan; ISAAC, Christopher.*Why 5G can't succeed without a small cell revolution.* Nova Iorque: PwC US, 2018, p. 2.Disponível em: https://www.pwc.com/us/en/industries/tmt/library/5g-small-cell-revolution.html. Último acesso em 14/02/2019.

[345]STEWART, Duncan; LEE, Paul. *5G: the new network arrives*. In: Technology, media and telecommunications predictions 2019. London: Delloite Development LLC., 2018, p. 5. Disponível em: https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/TMT-Predictions_2019/DI_TMT-predictions_2019.pdf. Último acesso em: 14/02/2019.

[346] POSSEBON, Samuel. *Desenvolvimento das redes 5G depende de esforços de cooperação*. Revista Teletime, 22 de novembro de 2018. Disponível em: http://teletime.com.br/22/11/2018/desenvolvimento-das-redes-5g-depende-de-esforcos-de-cooperacao/. Último acesso em: 14/02/2019.

As operadoras de telecomunicações precisam pensar em um modelo de rede compartilhada, fazendo da cooperação a estratégia chave para criarem os primeiros "ecossistemas" para os novos negócios de quinta geração. E a cooperação precisa acontecer intensamente também na relação entre as operadoras e os fornecedores, pois parte importante do 5G passa por inteligência artificial e por computação nas pontas da rede (*edgecomputing*), que as empresas de telecomunicações nunca fizeram sozinhas[347]. Neste sentido tem sido comuns notícias de parcerias, como as firmadas entre IBM e Vodafone e Huawei e Altice[348].

A cooperação público-privada também tem ocorrido com altos investimentos. Na União Europeia, por exemplo, em 2013 foi lançada uma parceria público-privada (5G-PPP), dotada de 700 milhões de euros, com o objetivo de assegurar que as redes 5G estejam disponíveis na Europa até 2020. Em 2016, foram lançadas estratégias[349] que destacam a importância de redes 5G como "ativo fundamental para que a Europa possa competir no mercado mundial" e estabelecido um Plano de Ação para estimular investimentos conjuntos dos Estados-Membros e dos setores industriais.

Instituições de ensino também estão envolvidas e vêm realizando pesquisas em parceria com o governo e com empresas privadas. Na Finlândia, as pesquisas com a quinta geração das telecomunicações móveis tiveram início em 2010 e, em 2016, já estavam sendo testadas em quatro grandes cidades do país. Na Inglaterra, há mais de três anos, a Universidade de Surrey formou parcerias com empresas de telecomunicações e criaram um fundo próprio para financiar pesquisas em 5G.[350]

No âmbito global, também se vê cooperações. Em 2015, Günther H. Oettinger, Comissário Europeu para Economia e Sociedade Digital, defendeu um *consenso global em 5G e buscou parcerias, como a firmada com o Japão, para um* entendimento comum de padrões para a nova tecnologia, identificação de disponibilidade de bandas de frequências e cooperação em futuras

---

347 POSSEBON, Samuel. *Desenvolvimento das redes 5G depende de esforços de cooperação*. Revista Teletime, 22/11/2018. Disponível em: http://teletime.com.br/22/11/2018/desenvolvimento-das-redes-5g-depende-de-esforcos-de-cooperacao/. Último acesso em: 14/02/2019.

348 PARREIRA, Rui. *IBM e Vodafone unem-se para desenvolver soluções de IA e 5G*. Tek, 21/01/2019. Disponível em: https://tek.sapo.pt/noticias/negocios/artigos/ibm-e-vodafone-unem-se-para-desenvolver-solucoes-de-ia-e-5g. Último acesso em: 14/02/2019; PARREIRA, Rui. *Altice confirma compromisso com a Huawei para o 5G no mercado português*. Tek, 11/12/2018. Disponível em: https://tek.sapo.pt/noticias/negocios/artigos/altice-confirma-compromisso-com-a-huawei-para-o-5g-no-mercado-portugues. Último acesso em: 14/02/2019.

349COMISSÃO EUROPEIA. *Estratégia para o mercado único digital.* Disponível em: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digitising-european-industry. Último acesso em: 15/02/2019; COMISSÃO EUROPEIA. *Estratégia de conectividade para um mercado único digital concorrencial: rumo a uma sociedade europeia a gigabits*. Disponível em:https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/connectivity-european-gigabit-society. Último acesso em: 15/02/2019.

350ASSESSORIA DE COMUNICAÇÕES do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações do Brasil. *Pesquisadores defendem parcerias para o desenvolvimento da tecnologia 5G*, 23/09/2016. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/salaImprensa/noticias/arquivos/migracao/2016/09/Pesquisadores_defendem_parcerias_para_o_desenvolvimento_da_tecnologia_5G.html. Últimoacessoem: 12/02/2019.

aplicações, com o investimento conjunto de 12 milhões de euros para desenvolver as plataformas de internet das coisas, nuvem e *big data*.[351]

No âmbito interno, os Estados têm procurado desbloquear "estrangulamentos" de rede e disponibilizar espectro radioelétrico para as tecnologias 5G. Na União Europeia, disposições neste sentido constam no novo Código das Comunicações Eletrônicas[352] e os Estados membros tem-se mostrado engajados neste processo, tanto que, pela primeira vez, terminarão a regulamentação setorial necessária ao mesmo tempo, como relatou Philippe Lefebvre, diretor de Estratégia de 5G da Comissão Europeia.[353]

3. Considerações Finais

No setor de telecomunicações, os compartilhamentos de bens e serviços sempre constituíram relevante ferramenta à favor dos reguladores para assegurar atuações sustentáveis, com ganhos sociais, econômicos e ambientais. Entretanto, intervenções regulatórias neste sentido, na maioria das vezes, não são bem-vindas pelos operadores do mercado, dado o nulo ou baixo retorno do investimento em áreas sem interesse econômico e a alta competitividade nas regiões lucrativas.

Por exemplo, para a sustentabilidade social, na vertente de universalização do acesso aos serviços de telefonia, há dezenas de anos, por imposição das entidades reguladoras, "compartilhamos" telefones de uso público disponibilizados pelas operadoras de telecomunicações. No Brasil, embora a última revisão das metas de universalização indique redução em sua quantidade[354], ainda existem aproximadamente 700 mil terminais, aos quais as operadoras (a contra gosto) deverão destinar mais de 1,6 bilhão de reais para manutenção pelos próximos seis anos, período em que ainda vigorarão os atuais contratos de concessão.[355]

O compartilhamento de redes entre a operadora titular da infraestrutura e suas concorrentes na prestação de serviços de telecomunicações de interesse coletivo também serve de

---

[351] COMISSÃO EUROPEIA. *Press release: EU and Japan step up cooperation on 5G mobile technology and strengthen research and innovation collaboration*. Bruxelas, 29/05/2015. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5069_en.htm?locale=en. Último acesso em: 14/02/2019.

[352]PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Diretiva (UE) 2018/1972, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrônicas (reformulação), Item 136 e art. 54º [Jornal Oficial da União Europeia L 321/36, 17/12/2018].

[353]POSSEBON, Samuel. *Para Comissão Europeia, 5G é estratégico não apenas para setor de telecom*. Revista Teletime, 28 de novembro de 2018. Disponível em: http://teletime.com.br/28/11/2018/para-comissao-europeia-5g-e-estrategico-nao-apenas-para-setor-de-telecom/. Último acesso em: 12/02/2019.

[354] O Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018, que aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público, retirou a obrigatoriedade de as empresas de telefonia instalarem telefones de uso público conforme questões de densidade habitacional e distanciamento (art. 9º ao art. 16).

[355] MELO, Alexandre. *Operadoras devem destinar R$ 1,6 bi para manutenção de "orelhões"*. Revista Valor Econômico, 16/03/2018. Disponível em: https://www.valor.com.br/brasil/5390839/operadoras-devem-destinar-r-16-bi-para-manutencao-de-orelhoes. Último acesso em: 06/02/2019.

exemplo de imposição regulatória que busca sustentabilidade, desta vez econômica e ambiental, e que muitas vezes é realizada pelos titulares da rede contra a própria vontade.[356]

Entretanto, vimos que os compartilhamentos de insumos para viabilização dos serviços 5G estão a ser desenvolvidos sem imposições regulatórias prejudiciais aos interesses privados dos agentes do mercado; e estão partindo de iniciativa deles mesmos, haja vista a grande economia de custos e produção de riqueza que se espera que serão geradas.

A inovação 5G e toda a "empolgação" dos setores público e privado para fazê-la acontecer, constituem uma possibilidade para os reguladores irem além da gestão do espectro de radiofrequências e monitoramento das operadoras na instituição das redes, para criarem medidas de promoção social e proteção ambiental, como, por exemplo, incentivo a operadoras que invistam em rede 5G para aplicações em educação pública ou empreguem conceitos "verdes" na instalação de novas estações, como reciclagem de materiais ou eficiência energética.

Acreditamos que a inovação 5G é uma oportunidade para promover atuação coordenada entre o público e o privado, entre os interesses coletivos e os individuais, em diferentes níveis – do local ao global –, com desenvolvimento econômico crítico e implementação de soluções sustentáveis, até mesmo porque, se assim não for, corre-se o risco de não se concretizar o sonho 5G em sua totalidade.

4. Referências

ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução: manual de instruções*. In: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, nº 2, 2008, pp. 9-57.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÕES do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações do Brasil. *Pesquisadores defendem parcerias para o desenvolvimento da tecnologia 5G*, 23 de setembro de 2016. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/salaImprensa/noticias/arquivos/migracao/2016/09/Pesquisadores_defendem_parcerias_para_o_desenvolvimento_da_tecnologia_5G.html. Último acesso em: 12/02/2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional*. In: Polytechnical Studies Review 2010, Vol VIII, nº 13, pp. 7-18.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões - *5G para a Europa: um Plano de Ação* [COM(2016) 588 final]. Bruxelas, 14/09/2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0588&from=PT. Último acesso em: 14/02/2019.

_____. *Estratégia para o mercado único digital*. Disponível em: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digitising-european-industry. Último acesso em: 15/02/2019.

[356] A título de exemplo, art. 155º da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil (Lei nº 9472/97): "para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo".

_____. *Estratégia de conectividade para um mercado único digital concorrencial: rumo a uma sociedade europeia a gigabits*. Disponível em: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/connectivity-european-gigabit-society. Último acesso em: 15/02/2019.

_____. *Press release: EU and Japan step up cooperation on 5G mobile technology and strengthen research and innovation collaboration*. Bruxelas, 29 de maio de 2015. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5069_en.htm?locale=en. Último acesso em: 14/02/2019.

CONGRESSO NACIONAL DO BRASIL. Lei nº 9472, de 16 de julho de 1997 [Diário Oficial da União – 17/07/1997].

HAYS, Dan; ISAAC, Christopher. *Why 5G can't succeed without a small cell revolution*. Nova Iorque: PwC US, 2018. Disponível em: https://www.pwc.com/us/en/industries/tmt/library/5g-small-cell-revolution.html. Último acesso em 14/02/2019.

JUAREZ, Freitas. *Teoria da regulação administrativa sustentável*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, pp. 117-145, set./dez. 2015.

MELO, Alexandre. *Operadoras devem destinar R$ 1,6 bi para manutenção de "orelhões"*. In: Revista Valor Econômico, 16/03/2018. Disponível em: https://www.valor.com.br/brasil/5390839/operadoras-devem-destinar-r-16-bi-para-manutencao-de-orelhoes. Último acesso em: 06/02/2019.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Diretiva 2012/19/EU, de 4 de julho de 2012. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2012/19/oj. Último acesso em: 12/02/2019.

_____. Diretiva 2011/65/EU, de 8 de junho de 2011. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0065&from=LV. Último acesso em: 12/02/2019.

_____. Diretiva (UE) 2018/1972, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrônicas [Jornal Oficial da União Europeia L 321/36, 17/12/2018].

POSSEBON, Samuel. *Para Comissão Europeia, 5G é estratégico não apenas para setor de telecom*. Revista Teletime, 28 de novembro de 2018. Disponível em: http://teletime.com.br/28/11/2018/para-comissao-europeia-5g-e-estrategico-nao-apenas-para-setor-de-telecom/. Último acesso em: 12/02/2019.

_____. *Desenvolvimento das redes 5G depende de esforços de cooperação*. Revista Teletime, 22 de novembro de 2018. Disponível em: http://teletime.com.br/22/11/2018/desenvolvimento-das-redes-5g-depende-de-esforcos-de-cooperacao/. Último acesso em: 14/02/2019.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DO BRASIL. Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018, que aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público [Diário Oficial da União - Seção 1 - 21/12/2018, Página 8].

STEWART, Duncan; LEE, Paul. *5G: the new network arrives*. In: Technology, media and telecommunications predictions 2019. London: Delloite Development LLC., 2018, pp. 4-13. Disponível em: https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/TMT-Predictions_2019/DI_TMT-predictions_2019.pdf. Último acesso em: 14/02/2019.

A aplicabilidade da diplomacia preventiva enquanto mecanismo para preservação da paz.

The applicability of preventive diplomacy as a mechanism for maintenance of peace.

Adriana Machado Yaghsisian[357]
Universidade Católica de Santos

Catherine de Souza Santos[358]
Universidade Católica de Santos

Sumário: 1. Introdução. 2. Diplomacia preventiva: a construção do conceito. 2.1. A organização das nações unidas. 3. A crise dos mísseis. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Frenteà comunicabilidade dos efeitos das contendas internacionais não restrita às partes diretamente envolvidas, proporcionada pelo contexto globalizado, faz-se necessária uma discussão sobre a forma de conduzir os processos de resolução de conflitos internacionais, implicando um olhar conjunto para os processos de prevenção de contendas e manutenção da paz.

Considerada a função precípua da Organização das Nações Unidas, preservação da paz e segurança internacionais, infere-se que a participação nos processos de prevenção e solução de conflitos consiste em importante papel a ser desempenhado pela Organização, articulando junto às partes envolvidas em possíveis contendas através de meios diplomáticos, no intuito de impedir que uma controvérsia surja ou, uma vez instaurada, alcance níveis de violência que coloquem em risco à paz.

Nesse diapasão, a atuação no campo da prevenção de conflitos encontra como grande representante a diplomacia preventiva, processo que visa justamente evitar o surgimento de conflitos ou impedir o escalonamento de conflitos existentes.

[357]Mediadora e professora da Universidade Católica de Santos. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos e Doutora em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Instrutora do Curso de Extensão, de Capacitação de Conciliadores e Mediadores, da Universidade Católica de Santos, certificado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Email: adrianamachado4@gmail.com

[358] Advogada diplomada. Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos. Conciliadora capacitada pela Universidade Católica de Santos em convênio com o Tribunal de Justiça de São Paulo. Email: catherine.sousan@gmail.com

Ante a estrutura da Organização das Nações Unidas e seu compromisso com a preservação da paz, tem-se que a diplomacia preventiva e a ONU estão intrinsecamente relacionadas, de modo que o estudo do mecanismo passa pelo emprego da presente ferramenta pela Organização.

Não obstante, o trabalho recai sobre o estudo da aplicabilidade da diplomacia preventiva, partindo de seu histórico de aplicação pela ONU, objetivando analisar a sua capacidade de atuação da ferramenta atuar eficazmente para a preservação da paz, tendo como problemática os sujeitos envolvidos em conflitos internacionais, Estados soberanos e as nuances próprias do cenário internacional.

Dessa forma, utiliza-se o emprego da diplomacia preventiva no processo de solução do conflito conhecido como a Crise dos Mísseis de Cuba, em que a disputa ideológica entre Socialismo e Capitalismo com seus mais importantes representantes, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Estados Unidos, alcançouníveis máximos de tensão ante a possibilidade de um confronto direto entre as potências e ameaça de erupção de uma guerra nuclear, para a análise sobre a sua eficácia.

O primeiro capítulo conceitua e explicita em que consiste a diplomacia preventiva, passando por sua origem, sendo trabalhado em sequência a estrutura da Organização das Nações Unidas atrelada a utilização desse processo, de modo a identificar a forma em que o mecanismo é empregado pela Organização. A pesquisa culmina, em seu segundo e último capítulo, no estudo de caso da Crise dos Mísseis referenciada.

O método adotado na presente pesquisa, levando-se em conta o objeto escolhido, consiste na técnicacrítico-dialética, com viés indutivo, visando o exame do dinamismo das relações internacionais que envolvem os conflitos entre Estados. Os conflitos interestatais estão inseridos em uma realidade histórica, em que as alterações de ideologias por que passa a sociedade pós-moderna são enxergadas como parte de um processo de transição. Esse processo tem relação especial no âmbito da pacificação dos conflitos interestatais, que exigem nova dinâmica, díspar da tradicional, que concebe o Direito como pura norma.

2. Diplomacia preventiva: a construção do conceito

O conceito de diplomacia preventiva permanece em constante aperfeiçoamento, adaptando-se às necessidades locais e atuais, tendo evoluído desde o surgimento desta terminologia em 1960, por meio do discurso do então Secretário Geral das Nações Unidas, General Dag Hammarskjöld (ONU, 2011).

A análise conceitual da diplomacia preventiva deve perpassar pela noção de prevenção, devendo ser, portanto, entendida como um conjunto de medidas diplomáticas utilizadas no início - sempre que possível ao primeiro sinal de conflito - no intuito de prevenir o surgimento de disputas ou, de prevenir o agravamento de disputas já existentes e sua transformação em conflitos armados (ONU, 2011).

O mecanismo em questão apresenta como finalidade a construção de canais de diálogo, pautadas na confiança mútua e no ideal de cooperação, voltada à promoção, ao estabelecimento e à manutenção da paz e prosperidade em escala global.

A diplomacia preventiva, para tanto, inclui emprego de bons ofícios, mediação, conciliação, adjudicação e arbitragem (MUGGAH; WHITE, 2013). Pode-se estender os mecanismos que auxiliam o emprego desta ferramenta de prevenção de conflitos, de modo a incluir a promoção de medidas de fortalecimento da confiança, averiguação de fatos, mecanismos de aviso precoce, sistema de avaliação de impactos dos conflitos, medidas para promover a democracia e os direitos humanos, emprego preventivo de forças de manutenção da paz, estabelecimento de zonas delimitadas e medidas para monitorar e limitar o comércio de armas (CHICHAYA, 2010, p.2).

Há, ainda, outros mecanismos que embora propriamente não integram a noção de diplomacia preventiva, servem de suporte para sua implementação, quais sejam a Comissão da Consolidação da Paz, os escritórios regionais, as missões políticas sobre o território, operações de manutenção da paz, grupos de amigos e outras formas de apoio diplomático (SAN CARLOS, 2012), o que possibilita concluir pela multiplicidade e mutabilidade de suas ferramentas.

2.1. A Organização das Nações Unidas e a diplomacia preventiva

Os bons ofícios dos Secretários Gerais da ONU desempenharam importante função junto ao amadurecimento do conceito da diplomacia preventiva e sua aplicação aos conflitos e expectativas de conflito, sobretudo em relação aos interestatais desenrolados ao longo do século XX. Ditos bons ofícios continuam sendo utilizados e aperfeiçoados, contando com a assessoria do Departamento de Assuntos Políticos dentro das Nações Unidas, idealizado e criado para o fim de auxiliar o Secretário Geral quanto aos aspectos políticos e responsabilidades mundiais voltado à manutenção e restabelecimento da paz (COOK, 2012).

O Departamento de Assuntos Políticos das Nações Unidas (DPA), estabelecido em 1992, atua de modo discreto e efetivo, desempenhando um papel fundamental nos esforços da Organização das Nações Unidas para prevenir e resolver conflitos em todo mundo. Nos dizeres de Denise Cook, seria o "Ministério de Relações exteriores" ou " a chancelaria da ONU" (2012).

O trabalho do DPA intenta canalizar as tensões políticas e sociais onde quer que surjam, possibilitando o diálogo e impedindo que se instale a violência, valendo-se de especialistas em pacificação e mediadores para apoiar as organizações regionais que estão na linha de frente dos conflitos (COOK, 2012).

Considerando que, face a globalização, os conflitos não impactam somente as áreas de sua erupção, o apoio das Nações Unidas através do Departamento de Assuntos Políticos garante a internacionalização das possíveis tensões, possibilitando o enfrentamento e contenção pelos canais diplomáticos a ser desempenhada pela multiplicidade de atores que a situação envolve.

A diplomacia preventiva, portanto, deve ser compreendida como a busca pelos canais de diálogo que permitem a prevenção e solução pacífica de contendas e objetivam a consecução e manutenção da paz.

3. A crise dos mísseis

No contexto da Guerra Fria, em que o mundo se encontrava dividido entre blocos capitalista e comunista, sob a liderança dos Estados Unidos e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, respectivamente, marcado pela disputa ideológica e confrontos indiretos entre as potências em comento, um evento colocou a segurança e a paz internacionais em risco:aalocação de mísseis soviéticos em território cubano, conhecido comoa Crise dos Mísseis.

Frente a descoberta pela inteligência estadunidense do envio de mísseis oriundos da URSS à ilha caribenha sob regime socialista, o presidente Kennedy adotou uma série de medidas dentre as quais a imposição de quarentena naval aos barcos com destino à Cuba (AVILA, 2012).

As expectativas dos EUA, contudo, eram de recuo soviético com interceptação estadunidense sem revide nuclear da URSS, mas não se afastava a hipótese, caso o governo da URSS mantivesse a implantação de armamento em solo cubano, da eclosão de conflito direto entre as superpotências, nesse sentido, a declaração do Departamento de Estado estadunidense admitia a hipótese de guerra nuclear (AVILA, 2012).

Nesse contexto, o Secretário Geral interino das Nações Unidas à época, U. Thant, desempenhou papel fundamental em impedir um imediato confronto direto entre as partes, ao chamá-las ao diálogo valendo-se da diplomacia preventiva.

Em 24 de outubro de 1962, U. Thant discursou no Conselho de Segurança em reunião de emergência para apreciação da questão, afirmando estar em jogo o destino da humanidade. Instou a celebração urgente de negociação entre as potências diretamente envolvidas e informou ao Conselho que havia encaminhado exortações ao Presidente Kennedy e ao Primeiro Ministro

Khrushchev para que estes estabelecessem uma moratória de duas semanas de duração (RAMCHARAN, 2011).

Nas cartas enviadas, U. Thant requeria ao presidente Kennedy a suspensão voluntária da quarentena imposta aos navios em direção à Cuba, e ao primeiro ministro Khrushchev a suspensão voluntária de todos os envios de armamentos à Cuba. Também pediu a suspensão da construção e desenvolvimento de serviços e instalações militares importantes em Cuba durante o período de negociações, colocando-se a disposição para auxiliar as partes nesse processo, sempre privilegiando o caráter não impositivo de sua intervenção (RAMCHARAN, 2011).

Em 25 de outubro de 1962, o Primeiro Ministro Soviético escreveu ao Secretário aceitando sua proposta. Outrossim, Kennedy, na mesma data, também por escrito, declarou que, embora apreciasse o espírito da mensagem de U. Thant, a chave, resposta, para a solução da crise era a retirada dos mísseis de Cuba (RAMCHARAN, 2011).

O presidente Kennedy expressou sua vontade em buscar um acordo, ao dispor que estava pronto para negociar, mas ressalvando que não o faria sob ameaça. Nos dizeres do presidente estadunidense, o bloqueio naval só cessaria quando observadores imparciais comprovassem o desmantelamento dos mísseis (AVILA, 2012).

Diante das respostas mencionadas, U. Thant realizou um chamado urgente aos dois líderes motivado pela preocupação de que os navios soviéticos que se dirigiam à Cuba pudessem desafiar a quarentena estadunidense, eclodindo um enfrentamento entre os navios oriundos da URSS com os navios dos EUA, anulando, assim, toda possibilidade de qualquer negociação (RAMCHARAN, 2011).

Em seu chamado aos líderes da URSS e EUA, o Secretário Geral da ONU, U. Thant, pediu ao Primeiro Ministro Khrushchev que instruísse os navios soviéticos que navegavam em direção à Cuba, a permanecerem fora da zona de interceptação criada pelos EUA por um período limitado. Em contrapartida, U. Thant pediu ao presidente Kennedy que orientasse os navios estadunidenses alocados no Caribe a fazerem todo o possível para evitar um confronto direto com os navios soviéticos pelo mesmo período (RAMCHARAM, 2011).

O Secretário comunicou a cada dirigente que, ao receber as garantias solicitadas, informaria a outra parte a respeito (RAMCHARAM, 2011).

Ante a novasolicitação de U. Thant, o presidente Kennedy e o primeiro ministro Khrushchev expressaram, cada qual, imediata concordância, aceitando, assim, os novos termos da moratória requerida pelo Secretário (RAMCHARAM, 2011).

Em posse das garantias ofertadas pelos governos envolvidos, U. Thant, informou, em 26 de outubro de 1962, Fidel Castro dos termos da moratória aceita pelos dirigentes estadunidense e

soviético, pedindo-lhe que suspendesse a construção de grandes instalações militares e, em especial, das desenhadas para o lançamento de mísseis de alcance médio e intermédio, em Cuba durante as tratativas de negociação (RAMCHARAN, 2011).

A moratória conquistada pelos esforços do Secretário constituiu período crucial para as negociações entre os EUA e a URSS, tendo neutralizado, momentaneamente, a tensão gerada com a descoberta da investida soviética em Cuba, sendo essencial para possibilitar o diálogo entre os envolvidos. Nesse período, o presidente e o primeiro ministro iniciaram um intercâmbio de opiniões através de cartas e mensageiros, chegando a um acordo que, em última análise, pôs fim a crise dos mísseis (RAMCHARAM, 2011).

A participação do Secretário na fase inicial do conflito, logo após a descoberta e divulgação pelos EUA do estabelecimento de mísseis ofensivos em Cuba, coaduna-se à característica primordial da ferramenta analisada neste trabalho: as ações concertadas ante os primeiros sinais de conflito. Como visto, o confronto ainda se desenhava, com o recente conhecimento da ameaça instada pela URSS ao colocar seu rival sob a mira de armamento nuclear fornecido à Cuba.

A celeridade da intervenção e rápida apresentação de uma proposta voltada a possibilitar o diálogo e as tratativas diretas entre as partes envolvidas, evitando a contenda, cumpriram o papel de prevenção que a diplomacia preventiva visa desempenhar. A moratória sugerida não intentava solucionar o complexo conflito existente entre a URSS e os EUA, conflito extremamente profundo e que perdurou muito após a solução da crise dos mísseis, mas contê-lo, prevenindo o escalonamento da controvérsia para níveis de confronto direto que assolariam a humanidade como um todo.

Tão crucial a participação do Secretário Geral da ONU nesse processo de intervenção e prevenção do conflito direto entre EUA e URSS, que os próprios governos, através de seus negociadores, escreveram reconhecendo seus esforços empreendidos para auxiliar os dirigentes e governos a evitar a grave ameaça à paz que surgiu entre outubro e dezembro de 1962 (RAMCHARAM, 2011; AVILA, 2012). O reconhecimento já havia sido demonstrado quando da celebração e consolidação do acordo firmado entre o presidente Kennedy e o primeiro ministro Khrushchev, em 28 de outubro de 1962. Nessa oportunidade, Kennedy apontou U. Thant como grande facilitador para a tarefa que cabia a cada um dos envolvidos cumprir (RAMCHARAM, 2011).

Além das comunicações com o presidente Kennedy e com o primeiro ministro Khrushchev, a participação de U. Thantabrange sua visita à Cuba de 30 a 31 de outubro de 1962 para celebrar reuniões com dirigentes cubanos. Essa visita foi importante porque concedeu a

oportunidade de escuta dos dirigentes cubanos, sem excluí-los do processo de prevenção e resolução da contenda (RAMCHARAN, 2011).

O intercâmbio de mensagens entre o presidente Kennedy e o primeiro ministro Khrushchev foi extenso e demandou intenso diálogo e negociações, contabilizando mais de 24 cartas trocadas entre EUA e URSS de outubro a dezembro de 1962 (AVILA, 2012).

4. Considerações finais

A diplomacia preventiva deve ser compreendida como um processo que evolve ações concertadas desde o reconhecimento de possíveis causas de conflito somados a análise de tensões, bem como a intervenção precoce.

No que tange à viabilidade da diplomacia preventiva, ressalta-se a experiência mais bem sucedida da utilização da ferramenta na prevenção de conflitos, a Crise dos Mísseis estudada nesse trabalho.

Logo, partindo da análise das condições que propiciaram o emprego da diplomacia preventiva no contexto internacional com diálogo reduzido e alta rivalidade da época, verifica-se que o interesse das partes em evitar uma guerra por receio de suas consequências foi fundamental. Considerando a peculiaridade e pressão que permeavam a contenda entre a URSS e os EUA, contudo, os respectivos governos não poderiam adotar uma postura acomodatória, fato que exigiu a figura de um intermediário – Secretário Geral da ONU, U. Thant– que pudesse reconstruir uma via de diálogo entre as partes mediante a sugestão para que os envolvidos abstivessem cada qual de uma postura e, assim, evitassem um confronto direto imediato, sem que dita abstenção implicasse inércia ou passividade, viabilizando as tratativas negociais entre os governos para a resolução da discórdia.

Assim, considerando a eficácia da diplomacia preventiva nesse contexto, tem-se como plausível a conclusão pela aplicabilidade do mecanismo no contexto internacional.

Em favor da viabilidade da diplomacia preventiva, consta a participação de novos atores, entidades não governamentais e sociedade civil, e a facilidade de disseminação de informações em tempo real ofertada pela internet, contribuindo para maior transparência nas relações exteriores Tem-se, portanto, novos elementos aliados da diplomacia preventiva - em comparação ao período da Guerra Fria analisado - que operam a favor da prevenção ao facilitar a identificação precoce de zonas de tensão e reconhecimento das causas reais das contendas.

Ante o estudo realizado, conclui-se pela viabilidade da diplomacia preventiva como ferramenta para manutenção e preservação da paz e prevenção de conflitos no cenário internacional, exigindo-se para tal, conhecimento das circunstâncias que envolvem os litígios garantindo uma eficaz intervenção.

Ditaintervenção mediante os mecanismos da diplomacia preventiva resguardam a soberania nacional, graças ao caráter não impositivo dessa ferramenta, o que acentua a eficácia do processo frente as nuances do cenário internacional.

A dificuldade que se atesta recai sobre a construção de uma comunidade em que a paz estável persista, visto que o contexto internacional não inviabiliza a diplomacia preventiva, todavia, representa óbice, para o alcance da paz sustentável, permanecendo a constância de ameaçasà paz.

Em outras palavras, é dizer que a diplomacia preventiva eficazmente pode contribuir para contornar e prevenir conflitos internacionais no presente contexto, mas os potenciais das contendas não serão totalmente neutralizados enquanto não se transformar a sociedade internacional em uma comunidade internacional pautada na fraternidade entre as nações.

Para tanto, há que se fomentar a cultura da pacificação social mediante a educação para a paz da população, por meio da qual novos líderes surgirão em consonância com o ideal da paz estável a ser perquirida.

5. Referências

ACADEMIA DIPLOMÁTICA SAN CARLOS - CENTRO DE PENSAMIENTO ESTRATÉGICO. **Diplomacia Preventiva**: Una Nueva Perspectia. In: Diplomacia preventiva recuperando el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, 2012. Disponível em: <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/pensamiento_estrategico/documentos_publicados/1._ultimo_dic_28_naciones_unidas_2012.pdf>. Acesso em: 19/07/2018.

AVILA, Carlos Federico Domínguez. **A crise dos mísseis soviéticos em Cuba (1962):** um estudo das iniciativas brasileiras. Várias histórias, Belo Horizonte, v. 28, n.47, p.361-389, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752012000100017&lng=en&nrm=iso&tlng=pt >. Acessoem: 05/10/2018.

CHICHAYA, H. **Preventative diplomacy in the Eastern Africa region** (Horn of Africa Bulletin). Life and Peace Institute. Retrieved. (2010). Disponívelem: <http://www.life-peace.org/wp-content/uploads/2013/06/hab_2010_9.pdf>. Acesso em 14/07/2018.

COOK, Denise, **El departamento de assuntos políticos de las Naciones Unidas, um trabajo discreto y efectivo**. In: Diplomacia preventiva recuperando el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, 2012. Disponível em: <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/pensamiento_estrategico/documentos_publicados/1._ultimo_dic_28_naciones_unidas_2012.pdf>. Acessoem 19/07/2018.

MUGGAH, R; WHITE, N. **Is there a preventive action renaissance?** The policy and practice of preventive diplomacy and conflict prevention. Norwegia: NorwegianPeacebuildingResource Center, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Secretário Geral. S/2011/552. **Diplomacia Preventiva: obtención de resultados**. 2011. Disponível em < http://unic.org.co/archivos/Diplomacia_preventiva_final.pdf>. Acesso em 19/07/2018.

RAMCHARAN, Bertrand. **La diplomacia preventive en las Naciones Unidas**. (2011). Disponível em: <https://unchronicle.un.org/es/article/la-diplomacia-preventiva-en-las-naciones-unidas>. Acesso em 19/07/2018.

5.1 Sites consultados:

Cancillería Colombiana – Colombia. Disponível em: <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/pensamiento_estrategico/documentos_publicados/1._ultimo_dic_28_naciones_unidas_2012.pdf>. Acesso em: 19/07/2018.

Life &PeaceInstitute. Disponível em: <http://www.life-peace.org/wp-content/uploads/2013/06/hab_2010_9.pdf>. Acesso em 14/07/2018.

ScientificElectronicLibrary Online - SciELO Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752012000100017&lng=en&nrm=iso&tlng=pt >. Acesso em: 05/10/2018.

United Nations Chronicle. Disponível em: <https://unchronicle.un.org/es/article/la-diplomacia-preventiva-en-las-naciones-unidas>. Acesso em 19/07/2018.

A tendência atual de criminalização da dívida tributária no Brasil

The current trend of criminalization of tax debt in Brazil

Renata Gomes de Albuquerque Sá[359]
Universidade de Coimbra

Sumário: 1. Introdução. 2. O julgamento do hc 399.109/SC pelo STJ. 3. O entendimento doutrinário sobre a criminalização da conduta de não pagamento de tributos. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Pretendemos tratar, inicialmente, do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça que entendeu pela tipicidade do não recolhimento do ICMS em operações próprias, porém declaradas ao Fisco, as quais configurariam o crime de apropriação indébita tributária.

Em seguida, abordaremos o entendimento doutrinário sobre a criminalização da dívida tributária, apresentando os fundamentos da proibição da prisão por dívida civil no Brasil, a orientação dos principais autores sobre o tema, bem como seus comentários ao consignado na referida decisão.

À guisa de conclusão, pretendemos explicitar nosso entendimento no sentido da impossibilidade de se impor sanções penais ao devedor de tributos, seguindo o entendimento da doutrina abalizada de que o crime de apropriação indébita exige dolo específico e a prática de fraude pelo sujeito passivo.

Por fim, registramos que o presente artigo se funda em pesquisa eminentemente teórica, utilizando-se das fontes jurídicas ortodoxas, como a legislação, a doutrina especializada e a jurisprudência.

[359] Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Mestre em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Email: renatagt@gmail.com

1. O julgamento do HC 399.109/SC pelo STJ

No dia 20 de agosto de 2018, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça realizou o julgamento do Habeas Corpus nº 399.109/SC, modificou o entendimento até então majoritário na jurisprudência pátria no que concerne ao crime de apropriação indébita tributária[360].

O Ministro Relator entendeu como típica a conduta do agente que não recolhe ICMS em operações próprias, não obstante declarado em guias específicas. Deste modo, a partir desta decisão, que obriga juízes e tribunais, o mero inadimplemento de tributos indiretos passou a se subsumir ao tipo do crime de apropriação indébita tributária, previsto pelo art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990.

No caso analisado pela Corte, os contribuintes, na qualidade de administradores de sociedade empresária, apresentaram as Declarações de Informações de ICMS e Movimento Econômico (DIMEs) à Secretaria de Fazenda de Santa Catarina; porém, deixaram de promover o recolhimento do imposto aos cofres públicos em alguns meses.

Após denúncia do Ministério Público, o juízo de primeira instância entendeu pela absolvição sumária, entendendo que a conduta do empresário que, na condição de contribuinte de direito do ICMS, declara devidamente suas operações, nos termos da legislação fiscal, mas deixa de recolher o valor devido no prazo legal configuraria mero inadimplemento tributário, o qual não pode ser criminalizado, sob pena de se constituir hipótese de prisão civil por dívida.

---

360 HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS "DESCONTADO E COBRADO". ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária - tal qual se dá com a apropriação indébita em geral - o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade. 2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial. 3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão "descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição. 4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo "descontado" é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo "cobrado" deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito. 5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal. 6. Habeas corpus denegado. (HC 399.109/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 31/08/2018)

Entretanto, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar a apelação criminal, reformou a decisão absolutória, determinando o prosseguimento do feito por considerar formalmente típica a imputação contida na denúncia. O acórdão também mencionou que a jurisprudência daquela corte possui entendimento pacífico de que é criminosa a conduta de não repassar o ICMS cobrado do consumidor final aos cofres públicos, hipótese que supera a mera inadimplência fiscal, impossibilitando a absolvição sumária.

Quando a questão chegou ao STJ, o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz afirmou que para a configuração do delito de apropriação indébita tributária, o fato de o agente registrar, apurar e declarar o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.

Note-se que o Ministro destacou quatro aspectos essenciais para a prática do crime, nos termos da notícia veiculada sobre o julgamento:

> 1º) (...) para o delito de "apropriação indébita tributária", o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito;
> 2º) O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 (....);
> 3º) Assim como no crime de apropriação indébita, o delito de "apropriação indébita tributária" exige, para sua configuração, que a conduta seja dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo. Porém, a motivação não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial (...);
> 4º) A descrição típica do crime de "apropriação indébita tributária" contém a expressão "valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, haja vista que nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição.

Quanto ao quarto aspecto, esclarece o Ministro Relator, na hipótese do ICMS retido em operações próprias ou em substituição, o encargo é reembolsado dentro da cadeia de produção, de modo que o substituto e os substituídos não suportam, economicamente, o valor da exação que somente será arcado pelo consumidor

Por seis votos a três, o colegiado acompanhou o entendimento do Ministro Relator. Saliente-se, ainda, que tal decisão uniformiza a jurisprudência da Corte, visto que havia divergência entre decisões da 5ª e da 6ª Turma sobre o tema.

Registre-se, ainda, por oportuno, que a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, no Recurso em Habeas Corpus nº 163.334, versa sobre o mesmo tema do julgamento ora mencionado, o qual está pendente de julgamento.

2. O entendimento doutrinário sobre a criminalização da conduta de não pagamento de tributos

Impende mencionar que o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República de 1988 estabelece que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Outrossim, a Convenção Americana de Direitos Humanos (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969), à qual o Brasil aderiu sem reservas, em seu art. 7º, item 7[361], afirma que não haverá prisão civil por dívida.

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que alterou a Constituição Federal, inserindo o § 3º em seu artigo 5º[362], o STF reconheceu o status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a tornar ilícita a prisão civil por dívida do depositário infiel no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/SP[363].

Nesse sentido, ao se considerar a ilegalidade da prisão civil por dívida no ordenamento do país, independentemente da natureza do débito, parcela da doutrina afirma que a eventual prisão pelo inadimplemento de tributos seria vedada no direito brasileiro.

Antonio Carlos Martins Soares[364], por exemplo, entende que, se a lei pretendesse criminalizar o mero não pagamento de impostos e contribuições sociais, independentemente da observância de fraude no comportamento do contribuinte, estaria equiparando o simples inadimplemento da dívida ao ilícito penal.

A própria figura prevista no art. 2º, II, da Lei nº 8137/1990 gera divergências. Antonio Soares[365] se orienta no sentido de que, para a existência do delito de apropriação indébita tributária, a conduta do contribuinte deve resultar concretamente no prejuízo do Fisco, mediante fraude, a qual estaria implícita no dolo específico desta conduta típica.

---

[361] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

[362] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[363] PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF. RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009)

[364] SOARES, Antonio Carlos Martins. A natureza jurídica dos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 2º, II, Lei 8.137/90 e 95, "c" e "d" da Lei 8.212/91. Doutrina Adcoas. nº 4, abril/1999, ano II. São Paulo: Editora Esplanada, 1999. p. 91.

[365] Ibidem

Pedro Roberto Decomain[366] defende que o dispositivo legal ora mencionado não viola o comando constitucional que veda a prisão civil por dívida, porquanto a hipótese veiculada na norma não seria de prisão civil, mas decorrente de conduta havida pela lei como crime.

O autor[367] acrescenta, ainda, que a falta do recolhimento oportuno do ICMS já configura o crime previsto naquela norma, pois o valor relativo a este tributo estaria sempre embutido no preço da mercadoria e sempre seria cobrado do respectivo adquirente, ressalvadas as exceções de venda pelo preço de aquisição ou por valor menor (nas quais não há qualquer quantia acrescida).

No mesmo sentido se orienta Renato Marcão[368], explicitando que, para restar configurado o crime, deve ocorrer o comportamento que consiste em descontar ou cobrar, legalmente, o valor devido à Fazenda, em momento anterior ao inadimplemento, eis que tais valores chegariam ao poder do contribuinte de forma lícita, porém, este dolosamente se apropriaria deles de forma indevida.

Destarte, Andrade Filho[369] afirma a referida norma não pretende alcançar o fato de alguém ser devedor de tributo, visto que o crime nela descrito impõe a prisão não por dívida, mas por sonegação. Ademais, a configuração do tipo exige ainda o dolo, que consistiria na" deliberada conduta de impedir que as autoridades fiscais tomem conhecimento dos fatos tributáveis e da existência da obrigação tributária", como explica o autor[370].

Hugo de Brito Machado[371] aduz que tal norma deve ser interpretada conforme a Constituição, para albergar somente situações nas quais o não pagamento do tributo envolva artifício, praticado pelo sujeito passivo, que impossibilite a cobrança pelos meios ordinários de cobrança dos tributos pela Fazenda.

Diante da notícia do resultado do julgamento do STJ, grande parcela da doutrina especializada já se manifestou de forma contrária ao posicionamento adotado pelo Tribunal. Paulo Ayres Barreto, em entrevista ao Jornal da USP no Ar[372] considera a decisão um retrocesso, que criminaliza uma conduta do empresário que normalmente não é dolosa, já que estes carecem, muitas vezes, de recursos para efetuarem todos os pagamentos necessários, inclusive do ICMS.

---

366 DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes contra a ordem tributária: alguns aspectos da Lei 8.137, de 27/12/90. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. v. 1, ano 1. Curitiba: Juruá Editora, 1995. pp. 134-135

367 Ibid., p. 137-138

368 MARCÃO, Renato. Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consume: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 8.137, de 27-12-1990. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 212.

369 ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 84.

370 Ibid, p. 83.

371 MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 421.

372JORNAL DA USP. Criminalizar falta de recolhimento de ICMS é retrocesso. <https://jornal.usp.br/atualidades/criminalizar-falta-de-recolhimento-de-icms-e-retrocesso/>. Acesso em: 14 fev. 2019.

O professor afirma, ainda, que a decisão julga as relações comerciais entre empresa e consumidor de maneira utópica, pois o cliente nem sempre paga e, mesmo sem o valor devido, o empresário não é exonerado de realizar o pagamento dos tributos[373]. Do mesmo modo, advogados especializados na área tributária aduzem que esse tipo de responsabilização equivaleria a um meio oblíquo de cobrança de tributo, obrigando o contribuinte a pagar mesmo que a exigência seja ilegal ou que suas bases não estejam corretas[374].

Na verdade, a política brasileira de combate à sonegação fiscal mascara uma política tributária com fins arrecadatórios e, ao mesmo tempo que são oferecidos parcelamentos (a exemplo do REFIS), também surgem políticas de ameaça de instauração de inquérito policial em ações penais por conta do não pagamento[375].

Urge mencionar que o prestigiado professor Heleno Torres elaborou um parecer[376], apresentado ao Ministro Luis Roberto Barroso, nos autos do Recurso em Habeas Corpus nº 163.334, versando sobre limites constitucionais e legais para a tipificação do crime de apropriação indébita, no qual afirma que o caso analisado pelo Pretório Excelso é um típico exemplo cristalino das pretensões arrecadatórias de uma "ardilosa cultura do medo", que pouco refletiria o propósito de justiça ou de fim da impunidade em matéria de crimes tributários.

Explica o professor que o caso concreto a ser julgado não trata de imputação de crime mediante fraude que resulta em sonegação com atos não declarados à Fazenda; em verdade, cuida-se de obrigação tributária confessada, por declaração do contribuinte, mas que não foi paga por razões a apurar[377].

Finalmente, analisa o jurista que parece muito simplista ao Estado, detentor da lei e de todos os meios necessários à efetividade dos meios de cobrança, preferir usar da coação, pela difusão do medo do punitivismo penal, para acelerar o recebimento de tributos, mormente quando declarados[378].

---

373 Ibidem.

374 MUNIZ, Mariana. Deixar de recolher ICMS próprio, ainda que declarado, é crime, diz STJ. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/deixar-recolher-icms-proprio-e-crime-23082018>. Acesso em: 14 fev. 2019.

375 Ibidem.

376 TORRES, Heleno Taveira. Parecer Jurídico. Consulente: FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - FIESP, admitida como amicus curiae nos autos do Recurso Ordinário Constitucional (ROC) em Habeas Corpus (RHC 163334), para a elaboração de PARECER JURÍDICO, "pro bono ", sobre os limites constitucionais e legais para a tipificação do crime de "apropriação indébita", previsto no inciso II do art. 2°, da Lei nº 8.13 7 /1990, no caso de tributo (ICMS) declarado e não pago. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-fiesp-apropriacao-indebita-icms.pdf. >. Acesso em: 14 fev. 2019.

377 Ibidem

378 Ibidem

3. Considerações finais

Ao longo do presente estudo, verificamos que grande parcela da doutrina tributária se posiciona de maneira contrária à criminalização do inadimplemento de tributos, corrente à qual nos perfilhamos, por entender que a conduta típica prevista no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, exige que seja praticada fraude pelo contribuinte.

O crime de não recolhimento de tributo descontado ou cobrado exige a caracterização do dolo específico do sujeito passivo, isto é, que ele pratique algum artifício que impossibilite a cobrança, por parte do Fisco, pelos meios ordinários.

A tentativa de se definir como crime o não pagamento de uma dívida e, por meio de tal norma, contornar o obstáculo da vedação da prisão civil por dívida, previsto tanto na Constituição Federal quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos, configura abuso contra as liberdades públicas, praticado pelo legislador e, mais recentemente, pela interpretação da jurisprudência brasileira.

Isso porque o bem jurídico protegido nesse crime é o patrimônio da Fazenda Pública e esta, por mais que disponha de prerrogativas e garantias processuais específicas, não pode utilizar o argumento de déficit público ou necessidade de garantia de seu crédito para violar liberdades individuais dos cidadãos.

Nesse sentido, não se admite a configuração do tipo penal nesse crime específico, sem a ocorrência de fraude. Caso a lei pretendesse criminalizar o mero não pagamento de impostos e contribuições sociais, estaria equiparando o simples inadimplemento da dívida ao ilícito penal.

Destarte, a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros vinha se orientando do mesmo modo até o recente julgamento do Habeas Corpus nº 399109/SC pelo STJ, que entendeu ser crime o não recolhimento de tributo por parte dos sócios de uma empresa que declararam, mas deixaram de recolher o ICMS sobre operações próprias, isto é, as quais não houve repasse do ônus tributário para terceiro.

Mencionamos, por oportuno, que se trata de precedente judicial perigoso e, ainda, com o condão de uniformizar a jurisprudência nacional, o qual privilegia a tentativa, agora intentada por parte do Estado de Santa Catarina, de coagir o contribuinte ao pagamento do ICMS sob a ameaça de sofrer ação penal e posterior pena de prisão.

Entendemos que o Direito Penal, a priori, só deveria atuar em caráter excepcional, apenas quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes ou inoperantes no regramento da conduta humana; ele sempre deve ser a *ultima ratio*.

Desta forma, é forçoso admitir que essa tentativa atual de se criminalizar o não pagamento de tributos configura a utilização deste ramo do direito como uma maneira de compensar a má gestão ou a ineficiência estatal, o que não pode prevalecer num Estado Democrático de Direito.

3. Referências

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Não recolhimento de ICMS pode caracterizar crime.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/N%C3%A3o-recolhimento-de-ICMS-pode-caracterizar-crime>. Acesso em: 14 fev. 2019.

JORNAL DA USP. **Criminalizar falta de recolhimento de ICMS é retrocesso.** <https://jornal.usp.br/atualidades/criminalizar-falta-de-recolhimento-de-icms-e-retrocesso/>. Acesso em: 14 fev. 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária.** 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consume: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 8.137, de 27-12-1990.** São Paulo: Saraiva, 2017.

MUNIZ, Mariana. **Deixar de recolher ICMS próprio, ainda que declarado, é crime, diz STJ.** Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/deixar-recolher-icms-proprio-e-crime-23082018>. Acesso em: 14 fev. 2019.

SOARES, Antonio Carlos Martins. A natureza jurídica dos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 2º, II, Lei 8.137/90 e 95, "c" e "d" da Lei 8.212/91. **Doutrina Adcoas**. nº 4, abril/1999, ano II. São Paulo: Editora Esplanada, 1999. p. 90-92.

TORRES, Heleno Taveira. **Parecer Jurídico**. Consulente: FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - FIESP, admitida como amicus curiae nos autos do Recurso Ordinário Constitucional (ROC) em Habeas Corpus (RHC 163334). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-fiesp-apropriacao-indebita-icms.pdf.>. Acesso em: 14 fev. 2019.

A qualidade da democracia pela implantação do blockchain no sistema eleitoral de votação

The quality of democracy for the implementation of the blockchain in the electoral voting system

Rijkaard Dantas de Santana[379]
Faculdade Damásio

Caroline Teixeira Barbosa[380]
Universidade do Porto

Sumário: 1. Fundamentação teórica. 1.1. Da revolução social e política pela tecnologia. 1.2. A realidade digital dentro do estado e do método de votação. 1.3. A qualidade da democracia pela tecnologia. 2. Considerações finais. 3. Referências

1. Fundamentação teórica

1.1. Da revolução social e política pela tecnologia

As inovações sempre pautaram os desígnios do progresso humano, causando impacto na própria condição humana bem como nas relações sociais, culturais, econômicas, políticas entre os homens, portanto, intrinsecamente também sobre as relações com o Estado. De modo que a imersão tecnológica em progresso no século XXI, comumente anunciada de quarta revolução industrial, assume proporções jamais suportadas pela humanidade, pois a profusão das novas tecnologias proporcionou um empoderamento do homem individualmente considerado, desvencilhando do efeito plataforma que tende a concentração do poder e do domínio de mercados e governos por grupos, conforme aduz Schwab (2016).

Entre as grandes inovações tecnológicas surgidas no contexto da quarta revolução industrial está o *Blockchain*, originalmente concebida em conjunto com a criptomoeda *Bitcoin* em 2008 por um indivíduo cujo pseudônimo é Satoshi Nakamoto, tendo o mesmo publicado em um fórum na web o artigo "Bitcoin: Um sistema de dinheiro eletrônico ponto-a-ponto" (NAKAMOTO, 2008). Apesar da origem simbiótica, o *Blockchain* possui aplicações mais amplas, podendo ser definido nos seguintes termos:

[379] Advogado. Graduado em Direito pela Unifacisa - Centro Universitário, Cidade de Campina Grande, Estado da Paraíba, Brasil. Especializando em Direito Digital e Compliance pela Faculdade Damásio. rijkaard.dantas@gmail.com
[380] Advogada. Graduada em Direito pela Unifacisa - Centro Universitário, Cidade de Campina Grande, Estado da Paraíba, Brasil. Pós-Graduada em Direito Civil pela Faculdade Internacional Signorelli. Mestranda em Direito pela Universidade do Porto. carolinetbarbosa@gmail.com

> O Bitcoin, ou outra moeda digital, não é salvo em um arquivo em algum lugar; é representado por transações registradas em um Blockchain – como uma espécie de planilha ou livro-razão global, que aproveita os recursos de uma grande rede Bitcoin ponto a ponto para verificar e aprovar cada operação dessa moeda digital. **Cada Blockchain**, como o que usa Bitcoin, **é distribuído: ele é executado em computadores fornecidos por voluntários ao redor do mundo; não há nenhuma base de dados central para hackear**. **O Blockchain é público: qualquer pessoa pode vê-lo a qualquer momento, pois reside na rede e não dentro de uma única instituição encarregada de operações de auditoria e manutenção de registros. E é criptografado: ele usa criptografia pesada, envolvendo chaves públicas e privadas** (semelhante ao sistema de duas chaves para acessar uma caixa forte) para manter a segurança virtual. (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, p. 36-37, grifo nosso)

Portanto, trata-se de uma tecnologia que agrega a descentralização, a segurança e a privacidade das informações gravadas nos blocos mediante a prova do trabalho em transações *peer-to-peer* (pessoa-por-pessoa). Para assegurar a confiabilidade do sistema, importante aduzir sobre a sua segurança que:

> A rede cria transações com data e hora, criptografando-as em uma cadeia progressiva a partir de modelos de prova-de-trabalho (*proof-of-work*), **formando um registro que não pode ser modificado sem refazer a prova-de-trabalho**.
> **A cadeia mais longa não serve somente como prova da sequência de eventos testemunhados, mas também como prova de que veio do maior conjunto de poder computacional**. Enquanto a maior parte do poder computacional for controlada por nós que não estamos cooperando com o ataque à rede, ela gerará a cadeia mais longa e passará à frente dos ataques. (MOUGAYAR. 2016, p.3, grifo nosso)

O *Blockchain* é um protocolo de criptografia descentralizado em que as transações realizadas na sua plataforma são organizadas em sequência de blocos sustentado pela força computacional dos usuários, todos esses possuem a sequência de toda a cadeia de blocos, tornando os registros publicamente verificáveis, praticamente imutável (a modificação de um registro necessitaria de modificar a cadeia de blocos de todos os usuários de modo simultâneo), portanto, permanentemente seguro e anônimo. Tudo isso sem a necessidade de um terceiro confiável identificado em uma entidade, como um banco ou governo, para verificação ou auditar as transações e informações realizadas, pois a criptografia da rede entre as pessoas, gerando uma confiança no sistema, garante a autenticidade e segurança, sendo verificada abertamente por todos os usuários.

De modo que esse recurso tecnológico vem modificando a perspectiva de registro civil, imobiliário, bancário, negocial e, mais ainda, das relações com o próprio Estado. Exigindo da atuação estatal a presença no campo digital não só pela facilidade que proporciona ao serviço público, mas para gerar transparência para os governados e confiabilidade na governança que é exercida pelos eleitos, havendo transparência e prestação das informações públicas.

1.2. A realidade digital dentro do estado e do método de votação

Com os avanços tecnológicos, os recursos digitais têm modificado significativamente as condições de governabilidade pelo Estado com a implantação de serviços públicos digitais, criando uma verdadeira estrutura de governo digital, como vem sendo implantado pelo governo da Estônia

com a implantação da identidade digital e do próprio *Blockchain*, conforme é noticiado desde o ano de 2014:

> Estonians, using a national identity card embedded with a microchip, gain access to some 4,000 services, including banking, business registration and even fishing licenses. They review medical records and order prescriptions on smartphones. Almost everyone files taxes on the web within minutes, **and about a third of voters now cast their ballots online**. (SCOTT, 2014, grifo nosso)

"A Estônia tornou-se o primeiro governo real a implantar a tecnologia *Blockchain*" (SCHWAB, 2016), de modo que um terço da população estoniana vota por meio da tecnologia pelo próprio governo desde o ano 2000. Obedecendo aos próprios critérios metodológicos e de escala para implantação do sistema de votação no país báltico, o sistema permite a verificação pelo eleitor sendo sempre seguro, conforme anunciado pela Liisa Past, chefe de investigação do setor de segurança cibernética da Autoridade do Sistema de Informação da Estônia, para o *European CyberSecurity Journal* observando a seguinte conclusão:

> **Like traditional paper ballots at a polling station, no electronic election technology is 100% secure 100% of the time**. Just as with ensuring the uniformity, secrecy and integrity of the conventional voting process, a multitude of measures can be taken to prevent, detect, manage and mitigate risks of using election technology and, in particular, online voting. While the risks can be different from conventional paper ballots and thus require specific mitigation, they are not greater, as the Estonian experience has demonstrated through the past dozen years. (PAST, 2017, p. 34, grifo nosso)

De modo que em paralelo a esse sistema, a votação por meio da tecnologia *Blockchain* seria possível nos seguintes moldes, conforme aduz:

> Como votar no Blockchain pode funcionar? Imagine o conselho eleitoral criando "carteiras" digitais para cada candidato ou opção, com eleitores aprovados que alocam uma ficha ou uma moeda cada, para cada posição aberta. **Cidadãos votam anonimamente pelo seu avatar pessoal, enviando sua "moeda" para a carteira de seu candidato escolhido. O Blockchain registra e confirma a transação. Quem terminar com a maioria das moedas ganha**.
> [...]
> Uma eleição verificável E2E detecta autoridades eleitorais que tentam adulterar os resultados. Eleitores votam em troca de recibos que lhes permitem verificar que: **(a) o voto deles foi computado como pretendido; (b) o voto foi gravado da forma como foi lançado; (c) ele foi contado da forma como foi gravado**. Uma terceira parte externa poderia verificar os resultados das eleições. Eleitores ainda têm de aceitar as premissas de configuração e dar um voto de confiança para os resultados das eleições. (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, p. 260-261, grifo nosso)

Portanto, deve-se considerar uma realidade a potencialidade do uso da tecnologia *Blockchain* e de suas propriedades em sistema de votação, pois por meio dela é resguardada a segurança e o sigilo do voto, a transparência do processo de votação, totalização e divulgação do resultado, tudo podendo ser verificado e auditado pelo próprio eleitor em todas as etapas do processo eleitoral.

No Brasil, o processo de votação teve início com as cédulas de papel, depositando em uma urna de lona, só em 1996 é que de fato foi implanta a urna eletrônica, sendo idealizada por Paulo César Bhering Camarão, Secretário de Informática do TSE (Tribunal Superior Eleitoral)

(GRAAF, 2017). Ocorre que esse sistema de votação é recorrentemente questionado sobre a sua segurança e confiança, na qual o mesmo autor aduz sobre as eleições no Brasil nos seguintes termos:

> O problema é que, no Brasil, para acreditar no resultado das eleições, é preciso ter fé cega nas autoridades eleitorais. **Nenhuma confirmação independente da corretude do resultado da eleição é possível, pois não é possível recontar os votos. E esta é a forma como o sistema foi construído: é uma caixa preta, cujo funcionamento interno é conhecido apenas por um pequeno grupo de técnicos do TSE**.
> Essa falta de transparência tem sido alvo de severas críticas de muitas pessoas na academia desde que a urna foi projetada, dentro do Brasil e também no exterior. É também a razão que este mito, criado e cultivado pelo TSE, de que a urna é a inveja do mundo e que poderia ser um produto de exportação, simplesmente não é verdade. (GRAAF, 2017, p. 9, grifo nosso)

Reafirmando essa condição sigilosa das urnas, nas eleições presidenciais para o ano de 2014, o candidato derrotado Aécio Neves, do PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), requereu ao TSE a realização de uma auditoria das eleições, tendo concluído, entre outros aspectos restritivos que:

> i. o sistema eletrônico de votação do TSE não está projetado e implementado para permitir uma auditoria externa independente e efetiva dos resultados que publica;
> ii. O modelo de auditoria imposto pela autoridade eleitoral (”auditoria comandada pelo auditados”) não se enquadra em qualquer modelo reconhecido e padronizado por entidades internacionais que normatizam auditoria de sistemas de informação;
> iii. As urnas biométricas são incompatíveis com o Teste de Votação Paralela, e tornam inócua a lei que o criou. (BRASILEIRA, 2014, p. 206)

Logo, a dúvida gerada sobre a votação do ano de 2014 gerou instabilidade para a governança nacional, culminando no processo de *impeachment* da candidata eleita Dilma Rousseff do PT (Partido dos Trabalhadores). De modo que para um processo eleitoral ser justo e válido ele deve cumprir os seguintes requisitos dentro do seu sistema de votação, quais sejam:

> REQUISITO A (APENAS ELEITORES VÁLIDOS)
> Somente os eleitores legítimos, chamados de eleitores daqui por diante, podem depositar uma cédula nas urnas.
> REQUISITO B (*One man, one vote*)
> Um eleitor pode votar no máximo uma vez.
> REQUISITO C (SIGILO DO VOTO)
> Preencher a cédula e colocá-la na urna é um ato confidencial e, em nenhuma circunstância, nem mesmo com a conivência do eleitor, deve ser possível deduzir qualquer informação sobre a opção votada pelo eleitor.
> REQUISITO D (VERIFICAÇÃO DA CÉDULA)
> O eleitor pode verificar seu voto, se certificar se seu voto é válido, e pode rever seu voto antes de se comprometer.
> REQUISITO E (A CÉDULA SERÁ APURADA)
> O eleitor pode se convencer de que seu voto está incluído no conjunto de votos apurados.
> REQUISITO F (INTEGRIDADE DA CÉDULA E DA URNA)
> Não deve ser possível que alguém modifique uma cédula, ou remova-a da urna, nem deve ser possível adicionar cédulas não provenientes de eleitores legítimos.
> REQUISITO G (SIGILO ATÉ O FIM DA VOTAÇÃO)
> Todos os votos permanecem secretos até o final da votação.
> REQUISITO H (CORRETUDE DA CONTAGEM)
> Todas as cédulas válidas encontradas na urna, e somente aquelas, serão incluídas na contagem.
> REQUISITO I (A APURAÇÃO É PÚBLICA)
> A apuração dos votos acontece numa sessão pública e é verificável.
> REQUISITO J (DIREITO DE AUDITAR)

> Deve ser possível auditar a contagem. (GRAAF, 2017, p. 21-23)

Todos esses requisitos se acham possíveis dentro da tecnologia *Blockchain*, se evitando a duplicidade com o alistamento eleitoral pelo registro de identificação no sistema; a votação poderá ser realizada de forma remota ou em centrais de votação; com a destinação do voto, um código de transação é gerado e registrado dentro da cadeia de blocos, tornando-se imutável e sigiloso. Com esse mesmo código o eleitor pode verificar se na destinação dos votos para o seu candidato, de fato consta o seu voto; sendo todo o processo aberto e auditável em tempo real pelos eleitores, autoridade eleitoral e partidos políticos.

1.3. A qualidade da democracia pela tecnologia

Esse novo cenário representa o empoderamento político do eleitor, a supressão de um órgão central e gerenciador do sistema eleitoral de votação e minimização de possíveis fraudes inerentes ao processo eleitoral. Mas mais do que o uso para fins de votação na eleição, a utilização da tecnologia possibilita o exercício do sufrágio universal de modo direto, a possibilidade de modificação, pela tecnologia, da estrutura democrática para a forma direta, ou seja, o exercício direto da democracia, tal qual exercido nas Ágoras da antiga pólis ateniense na Grécia antiga.

Portanto, tem-se que o impacto prático do uso dessa tecnologia sobre o sistema democrático de votação é propriamente a legitimidade que é dada por meio do voto em uma democracia indireta e a aceitação do resultado por todos os envolvidos para assegurar a legitimidade do eleito. Gerando um novo conceito de Democracia Líquida ou Democracia Delegativa (FORD, 2002) que alia a democracia direita com a representativa, tem seu conceito desenvolvido no pressuposto das novas tecnologias, entre essas, o *Blockchain*, se chegando a seguinte definição:

> In a delegative democracy, each member of the eletorate is independetly given the choice of participating actively in the organization by becoming a delegate, or participating passively by delegating her individual vote to a delegate. Voters without the time or interest to play an active role are not forced to learn about and pay attention to distant candidates running for various specialized offices and representative bodies, or to study na think carefully about each of a long string of referenda in order to make responsible and well-informed decisions. (FORD, 2002, p. 3)

De modo que para tratar de qualidade da democracia existem diversos modelos com parâmetros metodológicos a serem observados, importando encontrar a mais clara definição acerca de qualidade da democracia na seguinte conceituação:

> The definitions […] imply that a good democracy accords its citizens ample freedom, political equality, and control over public policies and policy makers through the legitimate and lawful functioning of stable institutions. Such a regime will satisfy citizen expectations regarding governance (quality of results); it will allow citizens, associations, and communities to enjoy extensive liberty and political equality (quality of content); **and it will provide a context in which the whole citizenry can judge the government's performance through mechanisms such as elections**, while governmental

> institutions and officials hold one another legally and constitutionally accountable as well (procedural quality). (DIAMOND; MORLINO, 2004, p. 22, grifo nosso)

A qualidade da democracia pode ser medida sob o aspecto de conteúdo ou material e de outro lado procedimental ou formal de sua eleição, ou seja, a liberdade que existe dentro do procedimento e a sua segurança na condução desse. Entre as muitas possibilidades metodológicas, tem-se o índice de Liberdade do Mundo medido pela *Freedon House*, existem três categorias para a liberdade de um país, devendo observar, entre outros critérios, os seguintes:

> De acordo com as médias obtidas por meio dessas questões os países são classificados como livres (1,0-2,5), parcialmente livres (3,0-5,0) e não-livres (5,5-7,0). Complementando essa classificação, FreedomHouse apresenta a caracterização de democracias eleitorais para qualificar países que cumprem o que a organização chama de um conjunto de requisitos mínimos: (a) existência de um sistema multipartidário competitivo; (b) direito ao voto para todo o cidadão adulto (afora as exceções legitimas que um Estado pode impor, com a sanção por condenação criminal); **(c) eleições limpas com garantias dos direitos eleitorais e reconhecidas pelos cidadãos; (d) liberdade de informação partidária e eleitoral.** (GUGLIANO, 2013, p. 237, grifo nosso)

Ou seja, o método de votação e a segurança do voto constituem critérios qualitativos para a definição da liberdade e, consequentemente, na qualidade da democracia. Logo, a implantação de um sistema de votação eleitoral utilizando a tecnologia *Blockchain* reflete necessariamente no aspecto qualitativo da democracia pela liberdade e segurança do voto exercido por meio desse sistema.

Tão significativa a relevância do sistema de votação que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht*, decidiu na Sentença 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, merecendo destaque para:

> O Tribunal destacou que as máquinas de votação tinham uma falha inerente que não era vinculada com o desempenho real. **Mesmo uma implementação bem sucedida de uma perspectiva técnica, esta não seria legalmente aceitável devido ao fato de que tais dispositivos não cumprem os principais princípios democráticos, a saber, aquele que prevê a supervisão dos procedimentos eleitorais por diferentes partes interessadas, sem conhecimento especializado necessário**. Foi o que o tribunal alemão chamou de natureza pública de eleições: "todo cidadão deve ter a capacidade de monitorar e entender, sem conhecimento técnico específico, os estágios centrais de uma eleição (§109; Ver também §119, 148 e 149). (GRAAF, 2017, p. 46, grifo nosso)

Da sorte que o referido tribunal constitucional declarou inconstitucional o uso do sistema computacional da empresa holandesa Nedap para a eleição do 16º Bundestag, mas ainda assim mantendo a votação, havendo uma ulterior modificação da estrutura de votação nacional, assegurando ao eleitor a confiança e conhecimento em sistema de votação que possa ser verificado e de plena aceitação pelo indivíduo que vota.

Portanto, esses são alguns dos aspectos que serão enfrentados pela sociedade e o Estado para assim haver mais transparência nessa relação e assim a elevação da qualidade da democracia pelo sistema de votação, utilizando como base a tecnologia *Blockchain* com vistas a assegurar a lisura, transparência e segurança para elevação da qualidade da democracia pelo uso da tecnologia como o *Blockchain.*

2. Considerações finais

Considerando todo o exposto, tem-se que a sociedade do Século XXI está alicerçada nas bases da tecnologia, que vem modificando todos os paradigmas culturais, as relações sociais e, especialmente, políticas. Transformando a prestação do serviço público, a expressão política individual por meio da internet e da manifestação das escolhas políticas dos eleitores por meio do voto, o que implica necessariamente na qualidade da democracia.

Conforme apresentado, a tecnologia Blockchain ou mesmo os princípios tecnológicos de transparência, sigilo e segurança do sistema são o reflexo dessa nova realidade que transforma os caminhos da democracia para a tecnocracia, sendo o prefixo não de técnicos, mas pela tecnologia.

De modo que o primeiro aspecto necessário na compreensão dessa realidade é a compreensão do sistema, a troca de informações e experiências entre países que adotam diferentes sistemas, aqui eleitos o sistema da Estônia e do Brasil. Havendo clara disparidade, o que impacta sobre a qualidade do voto e a transparência do sistema, como consequência última a qualidade da própria democracia.

Assim, os estudos sobre a aplicação da tecnologia *Blockchain* ou outro com o mesmo princípio funcional ao sistema de democracia deve ser incentivado na perspectiva de promover maior segurança e transparência aos eleitores e a garantia de que o seu voto possui a destinação devida. Não devendo a tecnologia ser um instrumento de controle social e político, na qual não se sabe ao certo a destinação do voto, até mesmo do sufrágio de modo geral, implicando em conflitos sociais e políticos que geram instabilidade sobre a legitimidade e, portanto, a qualidade da democracia.

Portanto, o presente estudo gravitou em torno do sistema de votação pelo uso da tecnologia e como esse pode conferir maior legitimidade e, assim, na qualidade da democracia, essa alicerçada nas bases tecnológicas promovendo liberdade política e individual as pessoas, devendo ser essa a finalidade do uso da tecnologia.

3. Referências

BRASILEIRA, Partido da Social Democracia. **Relatório de Auditoria: Auditoria Especial no Sistema Eleitoral 2014**. Brasília: PSDB – Comissão Executiva Nacional, 2014. Disponível em: <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/arquivos/RelatorioAuditoriaEleicao2014-PSDB.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. **The Quality of Democracy. An Overview**. Journal of Democracy, Washington, v. 15, n. 4, p. 20-31, oct. 2004. Disponível em: < https://www.journalofdemocracy.org/article/quality-democracy-overview>. Acesso em: 07 out 2018.

FORD, Bryan. **Delegative Democracy**. Paper online, 2002. Disponível em: <http://www.brynosaurus.com/deleg/deleg.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

GUGLIANO, Alfredo Alejandro. **Apontamentos sobre o conceito de qualidade da democracia**. Revista Debates, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p.229-243, jan. 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/36918/24047>. Acesso em: 05 out. 2018.

GRAAF, Jeroen van de. **O mito da urna: Desvendando a (in)segurança da urna eletrônica**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <https://inscrypt.dcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2017/11/o-mito-da-urna-1-1.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

MOUGAYAR, William. **Blockchain para negócios: promessas, prática e aplicação da Nova Tecnologia da Internet**. William Mougayar; tradução: Vivian Sbravatti – Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: Um sistema de dinheiro eletrônico ponto-a-ponto**/ Satoshi Nakamoto- Tradução: Leandro Guerra. 31 out. 2008. Disponível em: <https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/36895/1505219221Bitcoin_-_Um_Sistema_de_Dinheiro_Eletrnico_Ponto-a-Ponto.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2017.

PAST, Liisa. **All Elections are Hackable: Scalable Lessons from Secure I-Voting and Global Election Hacks**. European Cybersecurity Journal, ISSN: 2450-21113. Kraków, Poland, p. 34-47. jan. 2017. Disponível em: <https://www.ria.ee/sites/default/files/content-editors/kuberturve/ecj_volume3.issue3_extract_past.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

SCOTT, Mark. **Estonians Embrace Life in a Digital World**. The New York Times. Tallinn, Estonia. 08 out. 2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/10/09/business/international/estonians-embrace-life-in-a-digital-world.html?ref=business>. Acesso em: 04 out. 2018.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Klaus Schwab; tradução: Daniel Moreira Miranda – São Paulo: Edipro, 2016.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. Don Tapscott; Alex Tapscott; São Paulo: Senai-SP Editora, 2016.

Valores espirituais das comunidades tradicionais indígenas como patrimônio imaterial no Brasil

Vânia Siciliano Aieta[381]
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rubén Miranda Gonçalves[382]
Universidade de Santiago de Compostela

Em homenagem ao Professor Darcy Ribeiro, antropólogo e defensor dos índios do Brasil.

Sumário: Introdução. 1. A Constituição da República Brasileira e o reconhecimento dos direitos dos indígenas. 2. Direitos sobre as terras indígenas. A tutela constitucional do "indigenato". 3. Conceito de patrimônio imaterial e o registro de bens culturais brasileiros no Programa Nacional de Patrimônio Imaterial. Patrimônio Cultural Imaterial e as Comunidades Tradicionais Indígenas. 4. Estudo de caso: empresa aérea GOL é condenada a pagar 4 milhões de reais a índios brasileiros por danos espirituais causados em razão de acidente em terras indígenas demarcadas. 5 Conclusões. 6. Referências.

Introdução

Os povos indígenas, também chamados de "povos originários", são detentores de um vasto conhecimento, profundos e complexo, desenvolvido historicamente, referente a saberes variados. A proteção jurídica dessa comunidade tradicional reside na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Americana de Direitos Humanos, na Convenção nº. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais (que enalteceu os direitos fundamentais dos povos indígenas, como povos originários), na Convenção da Diversidade Biológica (que reconheceu a dependência dos recursos biológicos às populações indígenas), na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural

[381] Vânia Siciliano Aieta é Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UERJ, Pós-Doutora em Direito Público pela Universidade de Santiago de Compostela (CESEG), Espanha, e pela PUC-Rio, Brasil. Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP, Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Visiting Researcher na Universidade de Santiago de Compostela, Espanha e Visiting Scholar na Universitá Unitelma Sapienza, Roma, Itália.

[382] Pós-doutorando em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Direito e Licenciado em Direito, com grau, pela Universidade de Santiago de Compostela. Professor no Mestrado em Seguridade, Paz e Conflitos Internacionais da Universidade de Santiago de Compostela.

(buscando o reconhecimento da diversidade cultural e a proteção das minorias) e a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (que trata sobre questões bioéticas e de proteção dos vulneráveis)(RODRIGUES, 2014, p.40).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer os direitos humanos e fundamentais e a necessidade de sua efetivação, assegurou o direito à cultura, à diferença, à diversidade cultural aos direitos indígenas, em especial seus *direitos culturais,* que foram previstos, pela primeira vez, no plano internacional, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que os qualificou como indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade. A Constituição Brasileira, em seu artigo 215, prevê que ***o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais***. Diante do reconhecimento da sua importância, os direitos culturais entraram na agenda internacional especialmente através da iniciativa da Organização das Nações Unidas (ONU). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, marco da internacionalização desses direitos, dispõe, no seu art. 22 que todo ser humano, como membro da sociedade, deve ter assegurados os direitos culturais, considerados indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Já o artigo 27 enfatiza o direito das pessoas de participar e fruir dos benefícios da cultura.

Em 1966, sob a coordenação da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), foi realizado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que corresponde a desdobramentos da Declaração Universal, prevendo obrigações legais para os Estados-partes, no caso de descumprimento dos direitos ali previstos. Além do Pacto, outros instrumentos jurídicos internacionais foram criados, tais como a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, e a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2001. Com esses documentos, os Estados-partes passaram a ter a obrigação de construir políticas públicas para fazer frente à garantia desses direitos. Contudo, no Brasil, somente a partir da Constituição Federal de 1988, fruto da redemocratização do país, os direitos culturais foram explicitamente reconhecidos. Até então, o tema cultura aparecia de forma tímida, juntamente à pauta da educação.

No texto constitucional, é possível encontrar alguns exemplos do que a doutrina considera como direitos culturais, tais como o **direito autoral** (artigo 5º, XXVII e XXVIII), o **direito à liberdade de expressão** da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (artigos 5º, IX, e 215, §3º, II), o **direito à preservação do patrimônio** histórico e cultural (artigos 5º, LXXIII, e 215, § 3º, inciso I); o **direito à diversidade** e **identidade cultural** (artigo 215, *caput*, § 1º, 2º, 3º, V, 242, § 1º); e o **direito de acesso à cultura** (artigo 215, § 3º, II e IV). Os direitos

culturais podem ser elencados como aqueles que dizem respeito à valorização e proteção do patrimônio cultural; à produção, promoção, difusão e acesso democrático aos bens culturais, à proteção dos direitos autorais e à valorização da diversidade cultural. São direitos que exigem um protagonismo por parte do Estado, estando intrinsecamente relacionados à consolidação da democracia, aos ideais de cidadania plena e ao fator de desenvolvimento.

As políticas públicas voltadas para os "Povos e Comunidades Tradicionais" são recentes no âmbito do Estado brasileiro e tiveram como marco a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi ratificada em 1989 no Brasil e trata dos direitos dos povos indígenas e tribais no mundo. De acordo com o Decreto 6040 , os povos e comunidades tradicionais são definidos como: "***grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos por tradição***".

1. A Constituição da República Brasileira e o reconhecimento dos direitos dos indígenas

A Constituição Brasileira de 1988, denominada "*Constituição Cidadã*" pela Assembleia Constituinte que a promulgou, pois resultante do processo de redemocratização que o Brasil começou a viver depois de um longo período de 21 anos de ditadura militar, foi de todas as constituições brasileiras a que mais se preocupou com as questões indígenas, inspirando inclusive as constituições posteriores do Paraguai e da Colômbia (BULOS, 2008, p.1346).

Os direitos dos índios, como direitos difusos, devem ser incluídos entre os direitos fundamentais de solidariedade, que mereceram acolhida na Constituição Brasileira como um dos objetivos fundamentais da República, no artigo 3º: "***Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária".***

O sentimento de pertencer a uma comunidade indígena é o que define o índio no Brasil, ou seja, é índio quem se sente índio e essa autoidentificação que se alicerça na identidade étnica com a continuidade de um grupo que carrega um legado histórico identificador é o critério fundamental para a definição do índio brasileiro.

Há de se ressaltar que a reprodução cultural indígena não é estática. Como qualquer comunidade étnica, sempre haverá mudanças e, portanto, a cultura indígena não será sempre a mesma, pois estará em contato com outras formas de cultura. E isso não destrói a identidade cultural da comunidade. Eventuais transformações não descaracterizam a identidade cultural da comunidade tradicional, pois serão mudanças dentro da própria comunidade étnica.

Contudo, é importante salientar a existência, mesmo nos dias atuais, no Brasil, de povos indígenas isolados na divisa ocidental do Brasil com o Peru, que têm de viver em fuga para escapar das devastações da extração ilegal de madeira, da mineração de ouro e, agora, também dos narcotraficantes. Por toda a Bacia Amazônica, crescem as ameaças à segurança das estimadas 50 a 100 tribos indígenas isoladas, talvez umas 5 mil pessoas no total. Esses grupos constituem a maioria das tribos isoladas remanescentes no mundo, possivelmente as únicas dentre as chamadas "*tribos não contatadas*"[383]. Os números podem parecer modestos, mas os ativistas dos direitos indígenas dizem que está em jogo algo bem mais significativo: a preservação dos últimos vestígios de um modo de vida que praticamente desapareceu do planeta e sobrevive ainda fora da nossa economia industrial.

O artigo 231 da CF/BR reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios, reconhecendo a existência de minorias nacionais e instituindo meios de proteção de sua singularidade étnica. A Constituição Brasileira fala em "populações indígenas" no seu artigo 22, inciso XIV e também em "comunidades indígenas", no artigo 232, como "comunidades culturais" que se revelam na identidade étnica (SILVA, 2014, p.553). Os artigos 231 e 232 da Constituição Brasileira estabelecem os fundamentos constitucionais dos direitos indígenas no Brasil.

1. Direitos sobre as terras indígenas. A tutela constitucional do "indigenato".

A denominação "indigenato" diz respeito à fonte primária da posse das terras originariamente pertencentes às comunidades indígenas, sendo um direito congênito que se diferencia da ocupação da terra que é um direito adquirido. O "indigenato" não necessita de legitimação ao passo que a ocupação carece de requisitos que a legitimem. (SILVA, 2008, p.557). Graças a essa antiga instituição jurídica lusobrasileira, reservam-se aos índios as terras que lhes pertenciam as quais não são devolutas, mas originariamente reservadas, ou seja, terras congenitamente possuídas pelos indígenas desde o primeiro instrumento jurídico que se tem conhecimento que é o Alvará de 1º de abril de 1680, ratificado pela Lei de 6 de junho de 1775 que estabeleceu uma reserva de terras aos índios, considerados por essa legislação como senhores primários e naturais dessas terras (MENDES JÚNIOR, 1912, p.62)

No século XX a legislação indígena no Brasil tornou-se mais robusta. A geratriz dessa proteção legislativa encontra-se no artigo 129, da Constituição Brasileira de 1934. Desde essa época, o Direito Constitucional brasileiro vem procurando proteger as terras que tradicionalmente são

[383] As tribos existentes fora da Amazônia vivem na floresta arbustiva do Chaco paraguaio, nas Ilhas Andaman, no Oceano Índico, e no oeste da Nova Guiné, na Indonésia.

ocupadas pelos índios, evitando desapossamentos (BULOS, 2008, p.1347). Entre os diplomas legislativos destinados à preservação da cultura dos índios, podemos apontar a seguinte legislação: Lei 6.001 de 19.12.1973 – Estatuto do Índio; Decreto 1.775 de 8.1.1996 - dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas; Decreto 1.141 de 19.5.1994 – contempla ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas para as comunidades indígenas, Decreto 26 de 4.2.1991 – trata da educação indígena no Brasil; Decreto 564 de 8.6.1992 – aprova o Estatuto da Fundação Nacional do Índio (FUNAI); Decreto 3.156 de 27.8.1999 – estabelece as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde.

O instituto do indigenato vem a asseverar que as relações das comunidades indígenas com as suas terras excedem o âmbito privatístico do Direito. A posse das glebas, tradicionalmente ocupadas pelos índios, vai muito além das normas de Direito Civil, porque há um sentido cultural, ecológico e humanístico nesse mister. Na realidade, as terras indígenas não possuem natureza negocial, constituindo-se em *habitat* dessas comunidades, de modo divorciado das normas do Direito Civil (BULOS, 2008, p.1347).

a. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

São bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios brasileiros (artigo 20, XI, da Constituição Brasileira). São reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam pelo artigo 231 da CRFB.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse (artigo 231, § 1º). Pelo fato de reiteradamente a Constituição fazer a previsão dessa, faz-se necessário conceituar o que seja "***terras tradicionalmente ocupadas pelos índios***". E o conceito encontra-se no próprio § 1º do artigo 231. São quatro os alicerces que constroem o conceito, no esteio do magistério acadêmico do eminente Professor Doutor José Afonso da Silva, da Universidade de São Paulo, a saber: essas terras devem ser pelos índios habitadas em caráter permanente; devem ser por eles utilizadas para as suas atividades produtivas; devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; serem necessárias à sua reprodução física e cultural em conformidade com seus usos, costumes e tradições. O fato é que essas quatro considerações que alicerçam a construção do conceito devem ter como paradigma os ***valores dos índios***. Essas condições não devem ter parâmetros advindos da visão tradicionalmente considerada como civilizada, mas sim segundo o modo de ser deles, a cultura deles, dos índios (SILVA, 2014, p.557), respeitando-se o multiculturalismo, pois a Constituição Brasileira apresenta um forte caráter comunitarista, ressaltando seu aspecto progressista, que inclui, para além das proteções amplas dos

direitos civis liberais, a centralidade dos direitos políticos de participação e o imperativo da atividade estatal na promoção de direitos sociais.

Nesse sentido, vale o excerto extraído da obra da Professora Doutora Giselle Cittadino da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, *in verbis*: "***Pretendeu-se [...] conformar um Estado de bem-estar social, nos moldes europeus, através da previsão constitucional [...] de um amplo sistema de direitos constitucionais, mecanismos jurídicos relativos ao controle de omissões do poder público e uma atuação política do Poder Judiciário. Implementar justiça distributiva, em resumo, é o objetivo fundamental do constitucionalismo 'comunitário' brasileiro***"(CITTADINO, 1999, p. 73).[384]

b. **Usufruto exclusivo**.

Sobre a questão da avaliação do caráter hipoteticamente multiculturalista de nossa Constituição, devemos levar em conta que, o processo de "cidadanização"[385], dos grupos discriminados não se esgota na proteção de suas práticas culturais, sendo necessário também promover sua inclusão política e econômica. Conteria a Constituição Brasileira de 1988 dispositivos para essa promoção? A resposta parece ser afirmativa no que toca aos indígenas, particularmente se considerarmos que a Constituição de 1988 dedica todo o Capítulo VIII a esse grupo, prevendo várias medidas que visam à preservação de seu modo de vida, conforme dispõe, em especial, o artigo 231: ***"São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".***

Os índios possuem o ***usufruto exclusivo de suas terras***, incluindo-se as riquezas do solo, dos rios, e dos lagos nelas existentes (artigo 231, § 2º da CRFB). Esse usufruto do qual a Constituição Brasileira faz referência não é a simples posse direta ou o poder de fato sobre a coisa (ius possessionis), mas sim o poder de direito, já que os índios são senhores das terras que, por tradição, sempre ocuparam (ius possidendi).

O simples poder de fato sobre as terras não pouparia os índios de aborrecimentos e ingerências externas e o fato é que mesmo com a Constituição Brasileira conferindo-lhes o *status* de senhores dessas terras, nem assim gozam de paz para viverem com sua realidade.

---

[384] A Constituição nomeia indígenas e afro-brasileiros explicitamente. Interessante é a percepção que os brancos europeus não são nomeados, algo que demonstra que são os "brasileiros brancos" os enunciadores do próprio texto constitucional. Desse modo, a Constituição pode ser lida como um acordo em que os brancos oferecem aos "outros", aos "não brancos" certos direitos, valorizando os elementos não europeus ao mesmo tempo que os submete hierarquicamente aos "brasileiros brancos".

[385] Cuja definição é a disposição de negociar como iguais os termos de pertencimento com o objetivo de alcançar-se um consenso, ou seja, algo que vá além da extensão formal de direitos legais a minorias.

3. Conceito de patrimônio imaterial e o registro de bens culturais brasileiros no Programa Nacional de Patrimônio Imaterial. Patrimônio Cultural Imaterial e as Comunidades Tradicionais Indígenas.

O conceito de patrimônio cultural, consagrado na Constituição Brasileira de 1988, representou um importante avanço ao reconhecer a ***dimensão imaterial*** e, principalmente, por relativizar a noção de excepcionalidade, bem mais includente e capaz de destacar a importância das contribuições dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Essa mudança incorpora o conceito de referência cultural e significa uma ampliação inestimável dos bens passíveis de serem reconhecidos como patrimônio cultural brasileiro.

Em 4 de agosto de 2000 foi publicado o Decreto nº 3.551, que instituiu o ***Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial*** e definiu um programa voltado especialmente para esses patrimônios. O registro é um instrumento legal de preservação, reconhecimento e valorização do patrimônio imaterial do Brasil, composto por bens que contribuíram para a formação da sociedade brasileira[386].

O Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI), instituído pelo Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, viabiliza projetos de identificação, reconhecimento, salvaguarda e promoção da dimensão imaterial do Patrimônio Cultural Brasileiro, com respeito e proteção dos direitos difusos ou coletivos relativos à preservação e ao uso desse bem.

Trata-se de um programa de apoio e fomento que busca estabelecer parcerias com instituições dos governos federal, estaduais e municipais, universidades, organizações não governamentais, agências de desenvolvimento e organizações privadas ligadas à cultura e à pesquisa. E entre as atribuições do PNPI está a elaboração de indicadores para acompanhamento e avaliação de ações de valorização e salvaguarda do patrimônio cultural imaterial[387].

Para apreciarmos a riqueza dos patrimônios culturais indígenas, faz-se necessário uma adição entre aspectos materiais e imateriais e, sobretudo, ter paradigmas multidisciplinares, procurando as mais variadas "fontes" do conhecimento, para além dos saberes tecnológicos.

Os conhecimentos tradicionais dos povos indígenas se consubstanciam em patrimônio cultural imaterial e são fundamentais para a manutenção do meio ambiente equilibrado e para a

[386] Esse instrumento é aplicado àqueles bens que obedecem às categorias estabelecidas pelo Decreto: celebrações, lugares, formas de expressão e saberes, ou seja, as práticas, representações, expressões, lugares, conhecimentos e técnicas que os grupos sociais reconhecem como parte integrante do seu patrimônio cultural.

[387] Outros objetivos são a captação de recursos e promoção da formação de uma rede de parceiros para preservação, valorização e ampliação dos bens que compõem o Patrimônio Cultural Brasileiro, além do incentivo e apoio às iniciativas e práticas de preservação desenvolvidas pela sociedade.

diversidade cultural, sendo tutelado, conforme já demonstrado, por documentos internacionais e pela Constituição Federal de 1988.

É importante destacar a importância da manutenção desses saberes, por meio das legislações pertinentes, para a conservação da sociobiodiversidade, sendo essa a relação entre bens e serviços gerados a partir de recursos naturais, voltados à formação de cadeias produtivas de interesses de povos e comunidades tradicionais, no caso, as comunidades indígenas[388].

Destarte, resta evidente que o conhecimento tradicional das comunidades indígenas integra o patrimônio cultural e, como tal, deve ser preservado, até mesmo para garantir a sobrevivência dessas coletividades, pois a cultura abrange todas as práticas, os costumes, as línguas, os usos, as religiões, as simbologias, os sistemas de organização e convivência sociais, as formas de transmissão do conhecimento, dentre outros tantos valores.

Os preceitos constitucionais, que asseguram a manutenção da cultura dos povos tradicionais demonstram que fundamentalmente, certificam direitos coletivos às minorias étnicas e culturalmente diferenciadas e garantem a toda a sociedade o direito à diversidade cultural. Desse modo, as populações tradicionais têm o direito a continuar existindo nos seus moldes, com a garantia de seus territórios, recursos naturais e toda sorte de ativos materiais, morais e espirituais que a coletividade tem direito, salvaguardando-se as manifestações culturais dos distintos grupos étnicos e sociais que a compõem (SANTILLI, 2008, p.53).

4. Estudo de caso: empresa aérea GOL é condenada a pagar 4 milhões de reais a índios brasileiros por danos espirituais causados em razão de acidente em terras indígenas demarcadas.

Os índios Mebêngôkre Kayapó, que habitam a Terra Indígena Capoto/Jarina, em Mato Grosso, receberam indenização da companhia aérea Gol por danos ambientais, materiais e imateriais decorrentes da queda de um avião da companhia na região, em setembro de 2006. O avião da Gol operava a linha entre Manaus e o Rio de Janeiro, e caiu depois de se chocar com um jato Legacy que seguia para os Estados Unidos, com sete pessoas a bordo. Ao todo, 154 pessoas morreram no acidente, entre passageiros e tripulantes. Os pilotos norte-americanos que conduziam o jato Legacy foram condenados a três anos e um mês de detenção, em regime aberto, pela prática de crime culposo.

Após a queda da aeronave, a área afetada pelo acidente tornou-se imprópria para o uso da comunidade, ***por razões de ordem religiosa e cultural***. Segundo as crenças e tradições do povo Kayapó, a área tornou-se uma "*casa dos espíritos*", tal como um cemitério, fazendo daquela

[388] De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Agrário.

terra, pelos paradigmas valorativos indígenas, um lugar amaldiçoado. Esse sentimento indígena pode ser percebido no excerto abaixo apresentado, extraído da declaração feita pelo Cacique Bedjai Txucarramãe: ***"Naquele lugar nós não vamos caçar, não vamos fazer roça, não vamos pescar. Nós respeitamos os espíritos que moram lá"***

O acordo extrajudicial foi fechado após uma série de reuniões entre lideranças indígenas e representantes da empresa aérea GOL, intermediadas pelo Ministério Público Federal.

Segundo o MPF, o representante da Gol destacou que, ao autorizar o pagamento da indenização, a empresa e seus seguradores respeitaram o ***princípio da autodeterminação dos povos indígenas***, pois a companhia aérea entendeu que a mensuração do dano não poderia ser feita por instituição ou agente externos à comunidade indígena, razão pela qual acolheu a proposta feita pela própria comunidade, com ressarcimento integral do dano, inclusive do dano espiritual, notadamente cultural.

O procurador da República Wilson Rocha Fernandes Assis, que atuou na intermediação da negociação, ressaltou a importância do protagonismo da comunidade indígena na celebração do acordo, tendo ficado sob a responsabilidade do MPF a elaboração de um laudo antropológico para esclarecer quais lideranças indígenas da terra indígena Capoto Jarina deveriam assinar o termo de formalização do acordo, representando a comunidade.

O valor foi pago ao Instituto RAONI, ONG que se notabilizou internacionalmente pela defesa dos interesses das comunidades indígenas, presidido pelo cacique Raoni Metuktire, uma das maiores lideranças do povo Mebêngôkre Kayapó.

O Instituto RAONI ficou com o encargo de prestar contas posteriormente acerca da aplicação dos recursos à Procuradoria da República em Barra do Garças, no estado do Mato Grosso, comprovando que a quantia de R$ 4 milhões de reais foi efetivamente aplicada em benefício de toda a comunidade indígena.

Os destroços estão na mata até hoje e, para os índios que vivem ali, a terra ficou contaminada pelo querosene do avião e marcada para sempre pelo sangue das vítimas, o que gerou a ocorrência de *danos espirituais,* posteriormente indenizados.

O destino da Fundação Nacional do Índio (Funai) está gerando manifestações de preocupação na sociedade civil, já que a conjuntura política atual apresenta-se divorciada de direitos fundamentais assegurados com a Constituição de 1988, quando foram garantidos a este grupo vulnerável à "***possibilidade de uma política indigenista assentada em relações não tutelares, mas cidadãs***."

5. Conclusões

Na realidade, há o desejo do grupo político vencedor das últimas eleições no Brasil em 2018 de estabelecer o direito individual da terra, de modo a desmantelar as organizações sociopolíticas dos povos indígenas. Se isso acontecer, cada indivíduo poderá fazer o que quiser com o seu pedaço de terra. E o indígena, vulnerável, desprotegido e empobrecido, irá para as periferias das cidades brasileiras, engrossar a pobreza nesses lugares.

A missão da Funai não é aculturar os indígenas, mas sim promover os direitos dos povos indígenas no Brasil. A Constituição Brasileira garantiu a essa comunidade tradicional vulnerável uma saúde diferenciada, uma educação diferenciada e os direitos das minorias indígenas à cidadania. Uma cidadania livre. Dentro dos seus próprios valores culturais e não submetida a uma cultura dominante colonizadora.

6. Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: e os Povos Editora Saraiva, 2008.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CURI, Melissa Volpato. Aspectos legais da mineração em terras indígenas. Revista de Estudos e Pesquisas, FUNAI, Brasília, v.4, n.2, p.221-252, dez. 2007.

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.

KYMLICKA, W. Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights, Oxford political theory. Oxford, UK/New York: Clarendon Press/Oxford University Press, 1995.

National Geographic Brasil, 2018, Disponível em: https://www.nationalgeographicbrasil.com/cultura/2018/09/revista-povos-indigenas-isolados-amazonia-brasil-floresta-tradicao-cultura, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 17:01h.

Observatório Eco - Direito Ambiental Exploração de minérios em terras indígenas é tema polêmico.

https://observatorioeco.jusbrasil.com.br/noticias/2391564/exploracao-de-minerios-em-terras-indigenas-e-tema-polemico Acesso em 1º de janeiro de 2019, às 17:08h.

ROCHA, Sophia Cardoso; ARAGÃO, Ana Lúcia. Direitos culturais no Brasil e uma breve análise do Programa Cultura Viva. Fundação Casa de Rui Barbosa. www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/palestras/Politicas_Culturais/II_Seminario_Internacional/FCRB_SophiaCardosoRocha_e_outro_Direitos_culturais_no_Brasil_e_uma_breve_analise_do_Programa_Cultura_Viva.pdf Acesso em 28 de dezembro de 2018, às 20:38h.

RODRIGUES, Domingos Benedetti; SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. A importância do patrimônio cultural dos povos indígenas para a manutenção da biodiversidade e para a viabilidade do desenvolvimento sustentável. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 5, n. 9, p. 39-72, jan/jun. 2014. file:///C:/Users/Vania/AppData/Local/Temp/245Texto%20do%20artigo-732-1-10-20170606-1.pdf Acesso em 1º de janeiro de 2019, às 22:54h.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. In: LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (Org.). Quem cala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. P. 53 – 74. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

SILVA, José Afonso da. Teoria do Conhecimento Constitucional. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

ZUIN, Aparecida Luzia Alzira; MIGUEL, Vinicius Valentin Raduan. A Amazônia e os Povos Indígenas: conflitos socioambientais e culturais. Curitiba: Appris Editora, 2017.

O incentivo ao estudo como instrumento de ressocialização do apenado

Encouragement of formal education as an instrument for resocialization of the prisoner

Ricardo Affonso Ramos[389]
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Vania Siciliano Aieta[390]
(*Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

Sumário: Introdução. 1. A Pena, O Aprisionamento e a Ressocialização. 2. O Estado De Coisa Inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro. 3. O Estudo do Apenado Como Fator Ressocializador. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

Introdução

Ao longo dos séculos foi atribuído ao Poder Público, em suas mais diversas formas e sistemas de governo, o papel de repressão às atividades tidas por antissociais. A academia sociocriminal passou a estudar as mais variadas formas de resposta estatal às atividades criminosas, sendo certo que nos últimos séculos o aprisionamento tem sido utilizado quase que com exclusividade como o principal instrumento de controle social.

O Estado brasileiro passou por diversas reformas legais de maneira a efetivar o que a doutrina entende como função ressocializadora da pena como um dos instrumentos de controle social. A Assembleia Constituinte de 1988 atendeu a este anseio garantista de proteção aos direitos do preso, vide o rol esculpido no art. 5º da Constituição Federal, tendo internalizado também em nosso ordenamento diversos tratados internacionais de direitos humanos.

Ocorre que não basta a mera previsão dos direitos fundamentais aliado a um discurso ressocializador, exigindo-se que a proposta constitucional seja verdadeiramente garantida. De fato, o cenário atual brasileiro é de considerável aumento da população carcerária e o recrudescimento

[389]Advogado e Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), cuja linha de pesquisa é Direitos da Cidade, orientado em sua Dissertação pela professora Vania Siciliano Aieta. Graduado em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: ricardoramos.adv@hotmail.com
[390]Professora do Programa de Pós graduação da Universidade do Rio de Janeiro e professora visitante na Universit Unitelma Sapienza de Roma (Itália). Possui Pós-doutorado pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha) e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Brasil). E-mail.: vaniaaieta@yahoo.it

dos instrumentos penais, sendo que a resposta esperada de uma maior segurança social não vem sendo atendida.

Destarte, hoje muito se discute o papel da pena privativa de liberdade, a sua concreta execução nos estabelecimentos prisionais, e eventuais benefícios que ainda podem decorrer da aplicação desta sanção penal. Tendo em vista a relevância de tal discussão, até com base nos altos índices de criminalidade e reincidência no Brasil, este artigo se propõe a uma reflexão quanto ao papel do Estado na implementação de políticas públicas que visem efetivamente a reeducação do indivíduo sancionado penalmente, de forma a garantir a ressocialização do sujeito e diminuição da reincidência criminal.

1. A pena, o aprisionamento e a ressocialização

A pena é uma espécie de sanção penal aplicada pelo Estado caracterizada pela privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado em virtude de um ato que viola a lei penal. Percebe-se que as sanções penais, aqui se incluindo também a medida de segurança aplicada aos inimputáveis e semi-imputáveis, nada mais são que respostas do Poder Estatal em face de uma conduta tida pela comunidade como antissocial, ilícita e causadora de dados sociais.

Historicamente, as práticas tidas como ilícitas ensejam a aplicação de pena no seu caráter retributivo, sendo certo que a pena de morte e o aprisionamento do sujeito se revelam as medidas mais clássicas de aplicação de sanção penal, cujos únicos objetivos foram retribuir o mal praticado pelo sujeito com um outro mal que lhe é aplicado.

Ainda na Idade Moderna[391]este caráter meramente punitivo da pena privativa de liberdade detinha um viés bastante destacado. Contudo, já se percebia que a aplicação da pena e o encarceramento devem trazer um elemento finalístico para que não seja caracterizada como mera perversão do Poder Público. A da pena deve buscar alguma utilidade prática para além da mera punição ao condenado, ainda que seja incutir no ideário popular o medo e o controle social da força de trabalho.

Nos dias de hoje, em pleno século XXI, ainda é possível reconhecer um excessivo destaque midiático ao caráter retributivo da pena, especialmente considerando que o imediato encarceramento do indivíduo passa uma (errônea) ideia de justiça. No entanto, com vistas a uma evolução prático-dogmática, os operadores do direito passam a destacar mais uma função à pena, dando-lhe o caráter humanizado e finalístico, qual seja, evitar a reincidência e garantir a ressocialização do indivíduo.

[391] OLIVEIRA, *Edmundo. Origem e Evolução Histórica da Prisão.* Revista Prática Jurídica, ano I, nº. 1, 30 abril 2002.*p 58.*

Como bem aponta o mestre Cezar Roberto Bitencourt[392], a pena tem entre as suas funções um objetivo diretamente apontando ao próprio indivíduo que cometeu crime, este que deve ser reeducado e ressocializado para que não reincida em práticas ilícitas, isto é, o Estado busca através da imposição da sanção reeducar o apenado para que ele compreenda o sentido de obediência nas normas penais visando a sua reintegração a sociedade. No mesmo sentido, afirma-se[393] que a reinserção social é o único caminho compatível com um tratamento prisional que se preocupa com a preparação do detendo em decidir em liberdade com responsabilidade pelo caminho lícito ou ilícito.

Portanto, o Estado deve sim reprimir os malfeitores e não adotar uma posição absolutamente passiva junto a estes, contudo, a pena não pode ter caráter puramente punitivo, mas também reintegrador e educativo. Essa é a direção apontada inclusive por Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A Organização das Nações Unidas ensina que o tratamento dado aos condenados à prisão deve "inspirar-lhes a vontade de viver conforme a lei, manter-se com o produto do seu trabalho e criar neles a aptidão para fazê-lo."[394]

Sem dúvidas o objetivo de se reeducar o preso é de suma importância para qualquer sociedade moderna. Esta preocupação é dobrada em um país em desenvolvimento como o Brasil, um Estado que ainda sofre diversas mazelas em virtude da marginalidade de grande parte da população e uma infraestrutura absolutamente deficiente do seu sistema prisional.

2. O estado de coisa inconstitucional do sistema prisional brasileiro

A promoção da execução penal é uma função estatal, e tal execução deve estar de acordo com os direitos do preso garantidos tanto no plano internacional como no plano nacional, de modo a atingir tanto a função retributiva como a função ressocializadora previstas legalmente.

Pois bem. Através de uma simples leitura do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2014[395] é possível perceber que a realidade do sistema prisional brasileira é catastrófica. A superlotação, os maus-tratos e a violação aos direitos humanos dos apenados permeiam a prática prisional brasileira, prejudicando muito o desenvolvimento da função ressocializadora da pena.Tamanha a gravidade da situação que se encontra em nosso país que, em

[392] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1.* São Paulo: Saraiva. 2012. P. 1259.
[393]RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: Seu fundamento e âmbito.* São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000. P. 127
[394] Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da ONU, Item 65
[395] Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> . Acesso em 05/07/2016

maio de 2015, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 com vistas a reconhecer o "estado de coisa inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro[396].

Ao declarar o aludido estado de coisas inconstitucional, compete a Corte Constitucional atipicamente fixar remédios estruturais visando a formulação e execução de políticas públicas, inclusive indicando alocações orçamentárias, visando reduzir os problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento, cenário absolutamente atípico (mas necessária) considerando a tripartição dos Poderes. Ocorre, portanto, um verdadeiro ativismo judicial estrutural diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, os quais falharam em adotar medidas concretas aptas a solucionar a situação levada ao seu conhecimento.

O estado de coisa inconstitucional teve origem na Corte Constitucional da Colômbia[397], onde através da *Sentencia de Unificación*[398] é possível que o Poder Judiciário reconheça a existência de um quadro de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, agravadas pela inércia do Poder Público, e que apenas com adoção de reprogramações estruturais é possível a modificação da situação tida por inconstitucional. Utiliza-se como paradigma também a jurisprudência da Suprema Corte do Peru, por exemplo, já traz casos concretos de análise neste sentido[399].

O Brasil ainda vem aperfeiçoando a matéria em sua doutrina e jurisprudência, de forma a compatibilizar este fenômeno jurídico com a nossa Constituição Federal. Conforme dispõe a doutrina especializada de Dirley Cunha[400], o estado de coisas inconstitucional consiste em cenário absolutamente excepcional, não se tratando de mera omissão estatal, mas sim de violação maciça de direitos fundamentais, o que deve importar, portanto, na adoção de medidas absolutamente excepcionais. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, como bem aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos[401], importa no chamado "litígio estrutural", figurando o Poder Judiciário em posição de destaque executor.

Isto posto, como enunciado acima, o caso *in concreto* levado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal através da Arguição de Descumprimento de Preceituo Fundamental nº 347 relata e comprova o quadro deplorável e de contínua violação de direitos humanos dos presos que se encontram das penitenciárias espalhadas pelo Brasil.

---

396 Petição Inicial disponível em <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Visualizado em 03/07/2016.
397Colombia. Sentencia nº SU-559, de 6/11/1997
398Colombia. Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998
399Peru. Tribunal Constitucional delPerú. Sentencia enel Expediente Nº 03426-2008- PHC/TC, de 26.08.2010
400JUNIOR, Dirley Cunha. *Estado de Coisas Inconstitucional.* Disponível em: http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional
401CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn1

Em sede liminar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro[402] impondo uma série de medidas e determinando alocações orçamentárias que necessariamente devem ser vertidas a melhorias no sistema prisional brasileiro para que os direitos humanos destes indivíduos sejam garantidos.

Neste cenário o que se propõe, em total harmonia com as propostas formuladas na ADPF nº 347, é a construção de uma efetiva política pública que dê estrutura e incentive o desenvolvimento intelectual dos apenados, de forma que o estudo habitual sirva como um dos elementos a assegurar a plena reinserção do sujeito, ajudando a solucionar este litígio estrutural causado pela declaração de estado inconstitucional do nosso sistema prisional.

3.O estudo como fator ressocializador

Como foi visto nos capítulos acima, a aplicação da pena tem dois objetivos, quais sejam, a retribuição e a ressocialização. No entanto, a falência do sistema prisional brasileiro causada pela inércia do Estado impossibilita a consecução da sua finalidade, tendo sido, inclusive, reconhecido o estado de coisa inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Neste cenário, deve o Estado tomar atitudes que revertam a situação, dentre as quais aqui se propõe uma efetiva política pública com foco no estudo habitual do apenado como elemento ressocializador.

Reeducação é a educação por meio do aprendizado, principalmente para aqueles que não tiveram oportunidade no momento adequado. Devemos ter atenção que quando falamos em reeducação não nos referimos apenas ao estudo, mas também do reaprendizado através do trabalho e da qualificação do sujeito. Através desta educação tardia busca-se a ressocialização do preso, ou seja, a sua preparação para a reinserção na sociedade.

A fim de compreendemos a importância da atividade estudantil para os nossos detentos, se faz fundamental um breve destaque acercada deficiência educacional de nossa população carcerária. Os últimos censos penitenciários[403] vieram a confirmar uma informação que já é conhecida pela grande maioria do povo brasileiro. A população carcerária é constituída em sua grande maioria por pessoas extremamente pobres e de baixa escolaridade. Conforme tais estatísticas, 73,54% da população carcerária sequer completaram o ensino fundamental.

[402]Brasil. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015

[403] http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf

Neste sentido, Maria Paula Wolf vem asseverar que este é um "dado sem dúvida balizador de todo espectro de exclusão a que estes estão submetidos, pois possui repercussão direta em sua vida profissional, no conhecimento e exercícios de outros direitos e de sua cidadania"[404]

Neste sentido, o professor Elionaldo Julião[405] ensina em seus profundos estudos que "é preciso valorizar uma concepção educacional que privilegie e ajude a desenvolver potencialidades e competências que favoreçam a mobilidade social dos internos e não os deixem se sentir paralisados diante dos obstáculos que serão encontrado na relação social."[406]

Desta forma, inserindo a atividade estudantil no dia-a-dia dos encarcerados estaria se valorizando a dignidade da pessoa humana tendo em vista o combate a estagnação do sujeito, observando-se, portanto, o item 77 das Regras Mínimas Para o Tratamento de Prisioneiros da ONU. Vejamos:

> Devem ser tomadas medidas no sentido de melhorar a educação de todos os reclusos que daí tirem proveito(...). A educação dos analfabetos e jovens reclusos será obrigatória, prestando-lhe a administração especial atenção. Tanto quanto for possível, a educação dos reclusos deve estar integrada no sistema educacional do país, para que depois de sua libertação possam continuar sem dificuldades, a sua educação.[407]

A própria Constituição Federal em seu artigo 205 prega que a educação serve como desenvolvimento da pessoa humana, devendo assim ser levada para dentro dos presídios para que seja utilizada como meio de recuperação dos criminosos. Ao estudar o preso está saindo de um estado de desconhecimento e passando para um estado de conhecimento e cultura, afastando a ignorância e alienação que, muitas vezes, é fator da criminalidade. De fato, o novo aprendizado adquirido faz com que o detento tenha mais confiança em si mesmo e acabe descobrindo que pode avançar como outras pessoas da sociedade já avançaram. A conscientização por parte do detento dos seus deveres como parte integrante da sociedade, como a observância das normas penais de um Estado regular de direito, deve ser um dos objetivos do núcleo da pena privativa de liberdade

Além desta relação direta entre o estudo como forma de efetivação da reeducação do cidadão do apenado uma vez que este acaba por adquirir novos valores e princípios, há também a questão do combate ao ócio e da qualificação técnica advinda deste estudo que irá trazer ainda mais benefícios ao que teve acesso à uma política pública educacional.

---

[404]WOLFF, Maria Palma. *Antologia de Vidas e Histórias na Prisão*: emergência e injunção de controle social. Rio de Janeiro, Lumem Júris, 2005, p. 60

[405]JULIÃO, Elionaldo Fernandes.*A ressocialização através do estudo e do trabalho no Sistema Penitenciário Brasileiro*. Dissertação de Doutorado apresentada junto a Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2009, p. 76

[406]JULIÃO, Elionaldo Fernandes. *Política pública de educação penitenciária: contribuição pra o diagnóstico da experiência do Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado. Apresentada junto a Pontifícia Universidade Católica de Janeiro. 2003, p. 131

[407] Regras Mínimas Para Tratamento de Prisioneiros da ONU, Item 77

Neste sentido, o célebre professor Heleno Fragoso já afirmava que com propriedade que "o que está em jogo é a oposição trabalho/mundo do crime, em que o fato de exercer uma atividade na cadeia, e quanto mais próxima de funcionários 'graduados' melhor, confere ao preso a chance de se considerar em processo de recuperação"[408].Sobre o mesmo ponto o Dr. Dráuzio Varella[409] afirma que em seus atuais estudos junto à população carcerária percebeu que os próprios encarcerados desejam manter-se ocupados e afirmam que "mente ociosa é moradia do demônio". De fato, o ócio muitas vezes é disseminador de ideias marginais e destrutivas, pelo que a ocupação laboral, em todos os sentidos, não só no aspecto do labor físico, ajuda a o recluso a afastar-se de pensamentos e reflexões revoltosas e tendentes a retomada de práticas delituosas.

Além disso, a única expectativa de que o sujeito não volte a delinquir é que ele realmente consiga manter o seu sustento através de atividades lícitas, já que se não lograr tal êxito ele necessariamente irá voltar a delinquir para prover a sua subsistência. Ada Pellegrini quando do advento da Lei 6416/77 já pregava que "o trabalho, ademais, irá proporcionar ao recluso, quando em liberdade, aluta pela vida honesta, o instrumental adequado para obter o pão de cada dia"[410].

É notório que o mercado de trabalho está cada vez mais competitivo, motivo pelo qual um sujeito analfabeto tem chances ínfimas de se estabelecer em um emprego decente. Sendo assim, como a nossa população carcerária é constituída justamente de indivíduos analfabetos, podemos inferir que em virtude do seu déficit educacional e despreparo profissional a reincidência no crime é mera questão de tempo.

5. Considerações finais

Diante de todo o exposto e o analisado ao longo da elaboração do presente artigo, resta claro que o incentivo ao estudo habitual do preso deve sim ser instituído como uma efetiva política pública de nosso Estado, de forma que o princípio reeducativo da pena seja realmente concretizado.

De fato, o incentivo ao estudo habitual fortalece o desenvolvimento intelectual e o senso crítico no sujeito, surgindo como uma possibilidade de não apenas criar nos apenados os valores morais exigidos pela vida em sociedade, mas também de lhes dar esperança em um futuro com melhores condições e vivenciar uma realidade mais digna.

É cediço que a estrutura prisional vigente é calamitosa, mas não há alternativa que investir sim na reeducação do preso, sob pena de se continuar neste círculo vicioso em que se encontra a política criminal brasileira. Uma efetiva política pública em nosso sistema prisional com o incentivo

[408]FRAGOSO, Heleno Cláudio, CATÃO, Iolanda. *Direitos dos Presos*. RJ: Forense, 1980, p 33
[409] VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras. 2001, p. 141
[410]GRINOVER, Ada Pellegrini, COSTA JR, José Paulo da. *A Nova Lei Penal*. São Paulo: RT, 1977, p. 18

ao estudo do preso é altamente indicada para a efetivação do objetivo preventivo da pena, uma vez que cabe ao Estado a assistência de trazer para este sujeito a educação que lhe faltou durante a vida, para que com o auxílio do aprendizado adquirido cresça nesta pessoa a noção do que é viver em sociedade facilitando-se a sua reintegração.

Portanto, o que se propõe com esta breve reflexão é a efetivação dos direitos humanos e individuais do preso como forma de concretização dos objetivos da pena, o que traz um bem social ao nosso Estado como um dos instrumentos aptos à redução da reincidência criminal.

3. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva. 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn1>. Acesso em: 18/07/2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, CATÃO, Iolanda. *Direitos dos Presos*. RJ: Forense, 1980.

GRINOVER, Ada Pellegrini, COSTA JR, José Paulo da. *A Nova Lei Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes .*A ressocialização através do estudo e do trabalho no Sistema Penitenciário Brasileiro*. Dissertação de Doutorado apresentada junto a Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2009.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. *Política pública de educação penitenciária: contribuição pra o diagnstico da experiência do Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado. Apresentada junto a Pontifícia Universidade Católica de Janeiro. 2003.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional> . Acesso em: 18/07/2016.

OLIVEIRA,Edmundo. *Origem e Evolução Histórica da Prisão*. Revista Prática Jurídica, ano I, nº. 1, 30 abril 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: Seu fundamento e âmbito*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000.

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras. 2001

WOLFF, Maria Palma. *Antologia de Vidas e Histórias na Prisão*: *emergência e injunção de controle social*. Rio de Janeiro, Lumem Júris, 2005.

A importância da sustentabilidade ambiental na valorização das empresas

The relevance of environmental sustainabilityin corporatevaluation

Fernando Rodrigues da Motta Bertoncello[411]
Mackenzie

Thaís Cíntia Cárnio[412]
Mackenzie

Sumário: Introdução. 1. Sustentabilidade empresarial. 2. Bolsa de Valores e sustentabilidade. Considerações finais. Referências.

Introdução

Outrora preocupadas unicamente com os resultados positivos de seus balanços, as empresas não se concentravam nas externalidades negativas que poderiam ser consequência de sua atividade produtiva. Atualmente, esse cenário foi alterado, seja como resultado da consciência da sociedade quanto a esse tópico, seja pelas sanções legalmente previstas em normativos que objetivam a preservação do meio ambiente.

Em qualquer hipótese, ainda há mais um ingrediente que compõe essa fórmula e que resulta em novos elementos que são considerados por potenciais investidores quando avaliam qual o melhor destino de investimento para sua poupança: o grau de compromisso das empresas com a sustentabilidade.

Essa variável recém adicionada na decisão dos aplicadores decorre de uma multiplicidade de fatores, dentre eles o receio de que os montantes investidos possam ser abalados e perdem seu valor efetivo caso a companhia emissora se envolva em acidentes que provoquem prejuízos ambientes.

[411]Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Internacional pela Universidade de Miami, Estados Unidos. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público e em Direito e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado. E-mail:bertoncello.fernando@gmail.com.
[412]Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e professora nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: thais.carnio@gmail.com

Diferentemente de tempo atrás, esse novo olhar enseja o surgimento de preocupações bastante atuais das empresas envolvendo seus processos de produção e o modo como percebidas na sociedade onde atuam.

Feita essa breve introdução, passa-se ao enfretamento do tema em foco.

1. Sustentabilidade empresarial

Considerando a crescente preocupação com questões relacionados à matéria ambiental envolvendo várias áreas de conhecimento e seus reflexos práticos, o conceito de sustentabilidade foi se arvorando, expandindo e enriquecendo seu significado para outras áreas, como a empresarial.

Essa definição adquire novos contornos, abarcando o crescimento econômico, a preservação do meio ambiente e a igualdade social, formando um tripé estrutural que resultou no chamado *Triple BottonLine*- TBL.[413]

Nesse novo contexto, as empresas preocupam-se com a revisão de seus procedimentos internos, incluindo em seu plano de negócio práticas ambientalmente sustentáveis, que se alinhem aos elementos de TBL, como a logística reversa e a inovação no processo produtivo com vistas à diminuição de resíduos.

A Lei n° 12.305/2010,[414] que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, assim define Lógística Reversa:

> (...) instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada; (...)

A partir do conceito de ética empresarial e responsabilidade coorporativa, o papel da empresa na sociedade vem modificando-se contundentemente. Neste sentido, profere Elias Farah que:

> O relacionamento empresarial deve principiar no consenso com um fator básico: as partes devem ser introduzidas à convicção possível que todos os contatos, de qualquer espécie e gênero, estarão assentados na virtude da recíproca confiança; A confiabilidade mútua é o pressuposto que garante a legitimidade de todos os atos. Os elementos de confiança, veracidade, legitimidade, respeito e responsabilidade social adquirem mais relevância na medida em que a empresa passa a empresa passa a constituir atividade preponderante na moderna civilização. Faz-se necessária criação do direito empresarial como componente do direito comercial e mercantil, porque quase tudo, sejam bens ou

---

413 BARBOSA, Paulo Roberto Arcoverde. **Índice de sustentabilidade empresarial da Bolsa de Valores de São Paulo (ISE - BOVESPA): exame da adequação como referência para aperfeiçoamento da gestão sustentável das empresas e para formação de carteiras de investimento orientadas por princípios de sustentabilidade corporativa.** Disponível em: https://www.coppead.ufrj.br/upload/publicacoes/Paulo_Barbosa.pdf Acesso em 07 Fev 2019.

414BRASIL, República Federativa do. Lei n° 12.305/2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm Acesso em 07 Fev 2019.

> serviços, passou a provir, direta ou indiretamente, de empresas consideradas células vitais para toda a sociedade.[415]

Ou seja, trabalhar com empresas mais éticas é melhor para todos: para a sociedade, por suposto, mas também, para aqueles que mantem negócios com tais empresas. Trata-se auferir maior confiabilidade ao negócio.

Inseriu-se, dessa forma, a sustentabilidade como elemento que compõe o capital reputacional da empresa.

Entende-se que o capital reputacional de uma empresa consiste no valor da organização decorrente de suas práticas no mercado e na sociedade de forma mais ampla, tendo em vista que tal capital é proporcional à imagem de mercado adquirida pela instituição.

Desse modo, o capital reputacional é o valor que determinada empresa tem no mercado no que se refere à maneira como ela é vista nesse ambiente. Uma sociedade que se diz investir em desenvolvimento sustentável está investindo em seu capital reputacional, porque agrega valor para si. Todavia, quando não o faz, de fato, em desenvolvimento sustentável e, embora declare que invista, ela pode criar para si uma propaganda institucional negativa: o que se conhece por passivo reputacional.

Questões referentes ao capital reputacional das empresas, com o passar dos tempos, ganharam força e não puderam mais deixar de ser consideradas. Em 1960, por exemplo, grupos pacifistas que protestavam contra o envolvimento dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã apontaram que as empresas fabricantes do *napalam* e do desfolhante *agente laranja* como os fabricantes de armas. Tais apontamentos repercutiram fortemente no capital reputacional das empresas em tela.[416]

Sendo assim, as organizações incorporaram o triplo alicerce econômico-financeiro, social e ambiental à sua estrutura, o TBL, conforme mencionado anteriormente. Cabe aos administradores a responsabilidade de integrá-lo à estratégia de negócios, devendo, os gestores, responderem pelo adequado processo de implementação desse planejamento.[417]

No plano internacional, uma das primeiras propostas da Organização das Nações Unidas (ONU), tratando do tema responsabilidade social corporativa, foi o Pacto Global, em 2000, também conhecido como Declaração de Genebra. O objetivo foi propor uma união entre a

---

[415]FARAH, Elias. **Ética empresarial: reflexões básicas para uma análise mais ampla**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 55, p. 393, Jan 2012. Disponível em http://www.ifibe.edu.br/arq/20150914214430157445122O.pdf Acesso em Acesso em 07 Fev 2019.

[416]MARCONDES, Adalberto Wodianer; BACARJi, Celso Dobes. *ISE – Sustentabilidade no Mercado de Capitais*. São Paulo: Report Editora, 2010.

[417]ELKINGTON, John. *TheTriple Bottom Line of 21st Century Business*In: Cannibals With the Forks, Capstone, 1997.

comunidade internacional e a comunidade empresarial global no sentido de desenvolver mercados sustentáveis, combater a corrupção, defender os direitos humanos e proteger o meio ambiente. Para tanto, o Pacto Global propôs a existência de uma parceria entre empresas, sociedade civil, trabalhadores, governos, as Nações Unidas e outras partes interessadas.[418]

Ainda sob âmbito da ONU, em 2002, a Carta da Terra[419] buscou a mesma abrangência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no que se refere à sustentabilidade, à equidade e à justiça.

Quanto à Carta da Terra, vale ressalvar que seu oitavo princípio é o de "avançar o estudo da sustentabilidade ecológica e promover o intercâmbio aberto e aplicação do conhecimento adquirido". Para tanto, o documento entende que se faz necessário: apoiar a cooperação científica e técnica internacional relacionada à sustentabilidade, com especial atenção às necessidades das nações em desenvolvimento; reconhecer e preservar os conhecimentos tradicionais e a sabedoria espiritual em todas as culturas que contribuem para a proteção ambiental e o bem-estar humano; e garantir que informações de vital importância para a saúde humana e para a proteção ambiental, incluindo informação genética, permaneçam disponíveis ao domínio público.

Para o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES,[420] por exemplo:

> O conceito de responsabilidade social corporativa está associado ao reconhecimento de que as decisões e os resultados das atividades das companhias alcançam um universo de agentes sociais muito mais amplo do que o composto por seus sócios e acionistas (*shareholders*). Dessa forma, a responsabilidade social corporativa, ou cidadania empresarial, como também é chamada, enfatiza o impacto das atividades das empresas para os agentes com as quais integram (*stakeholders*): empregadores, fornecedores, clientes, consumidores, colaboradores, investidores, competidores, governos e comunidades.
> Este conceito expressa compromissos que vão além daqueles já compulsórios para as empresas, tais como o cumprimento de legislação trabalhistas, tributárias e sociais, da legislação ambiental, de usos do solo e outros. Expressa assim, a adoção e difusão de valores, condutas e procedimentos que induzam e estimulem o contínuo aperfeiçoamento dos processos empresariais, para que também resultem em preservação e melhoria da qualidade de vida das sociedades, do ponto de vista ético, social e ambiental.

Ou seja, falar em responsabilidade social, que pode ser facilmente convertida em responsabilidade socioambiental, trata-se de falar em uma atitude perante o negócio que tem

[418]Organização das Nações Unidas – ONU. **Pacto Global – 2000.**Disponível em https://www.caixa.gov.br/Downloads/sustentabilidade/Pacto_Global_Declaracao_de_Genebra_2007.pdf Acesso em 05 Fev 2019.
[419]Organização das Nações Unidas – ONU. **Carta da Terra.**Disponível em http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf Acesso em 05 Fev 2019.
[420]Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. **Relatório setorial n. 1, 2000.** Disponível em https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/publicacoes/periodicos/bndes-setorial-47, p. 3 Acesso em 05 Fev 2019.

alcance não somente na atividade empresarial propriamente dita, mas sim sobre toda uma sociedade.

2. Bolsa de Valores e sustentabilidade

A Bolsa de Valores de São Paulo - B3, em conjunto com várias instituições – ABRAPP[421], ANBIMA[422], APIMEC[423], IBGC[424], Instituto ETHOS[425] e Ministério do Meio Ambiente – decidiram unir esforços para criar um índice de ações que seja um referencial (termo conhecido no mercado financeiro como "*benchmark*") para os investimentos socialmente responsáveis. Foi dessa forma que surgiu o Índice de Sustentabilidade Empresarial (*ISE*).[426]

A B3 aplica uma série de questionários para poder conhecer as empresas e determinar que possam fazer parte do *ISE*, os quais, por sua vez, foram elaborados levando em consideração as diferentes dimensões que a sustentabilidade pode abranger.

Vale, todavia, esclarecer que as dimensões da sustentabilidade estabelecidas para o *ISE* abrangem basicamente quatro grandes eixos: o econômico financeiro, o social, o ambiental e o de governança.

Sobre a construção do *ISE*, Adalberto Wondianer Marcondes[427] em que se pautou a criação de tal índice no seguinte sentido:

> Dentro de cada dimensão foram estabelecidos alguns conjuntos de critérios de avaliação. As dimensões Econômico-Financeiras, Social e Ambiental foram compostas de quatro critérios básicos: políticas da empresa (nível de comprometimento), gestão (tipos de planos, programas, metas e monitoramento), desempenho (indicadores de *performance*) e cumprimento legal (que avaliam a *compliance* frente à legislação de concorrência, à ambiental e ao código do consumidor, entre outros). Cada um destes critérios foi abordado por meio de indicadores ou temas relativos àquela dimensão. Na dimensão social, por exemplo, utilizaram-se indicadores como relações de trabalho, compromissos com os princípios fundamentais e ralações com a comunidade, entre outros. Esses indicadores, por fim, seriam desdobrados em questões de múltipla escolha, de forma a abordar o tema sob diversos aspectos e obter o maior grau de informações sobre as práticas da empresa em cada área. Na dimensão ambiental, as empresas do setor financeiro receberam um questionário ambiental diferenciado e adaptado às suas características. As demais empresas foram divididas em dois níveis de impacto, alto e moderado, mas o questionário foi o mesmo, com pesos diferentes em cada nível. A dimensão governança corporativa apresentou indicadores de melhores práticas,

[421] Associação Brasileira das Entidades Fechada de Previdência Complementar.
[422] Associação Brasileira das Entidades do Mercado de Capitais e Financeiros.
[423] Associação dos Analistas e Profissionais de Investimentos no Mercado de Capitais.
[424] Instituto Brasileiro de Governança Corporativa.
[425] Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, cujo objeto social, conforme disciplina seu estatuto, é "sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade sustentável e justa".
[426]Bolsa de Valores de São Paulo - B3. **Índice de Sustentabilidade Empresarial**. Disponível em http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/indices/indices-de-sustentabilidade/indice-de-sustentabilidade-empresarial-ise.htm Acesso em 01 Fev 2019.
[427]MARCONDES, Adalberto Wodianer; BACARJi, Celso Dobes. *ISE – Sustentabilidade no Mercado de Capitais*. São Paulo: Report Editora, 2010.

> observando os seguintes critérios: propriedade, conselho de administração, gestão, auditoria e fiscalização, conduta e conflito de interesse.

Ou seja, tais dimensões elencadas converteram-se em indicadores pontuais para que seja verificada a sustentabilidade das empresas.

Considerações finais

Conforme analisado neste estudo, a preocupação com questões socioambientais tomou novas proporções no ambiente empresarial, especialmente considerando o cenário internacional desse século.

A incorporação de práticas e planos de negócios que tragam em seu bojo o triplo alicerce econômico-financeiro, social e ambiental à sua estrutura tornou-se não apenas um elemento norteador endêmico para orientar a própria instituição e seus gestores, mas sim um indicador que pode ser acessado pelos interessados em verificar mais detidamente o modo como a instituição releva as questões afetas à preservação e respeito ao meio ambiente.

Assim, potenciais investidores podem dirimir suas dúvidas quanto ao direcionamento de seus recursos e graduar os riscos de que a empresa destinatária desses montantes possa vir a perder seu valor de mercado em função da não observâncias de procedimentos sustentáveis ou mesmo de seu envolvimento, direto ou indireto, com desastres ambientais.

Situações como essa não apenas maculam a imagem da instituição causadora dos danos, como também podem ensejar elevadas multas e pagamentos de indenizações, comprometendo o lucros e resultados. Ademais, certamente as autoridades competentes demandarão a reavaliação de todas as práticas que contribuíram adversamente para o impacto ambiental, o que certamente implicará em aplicação de recursos dessa empresa para cumprimento de tais exigências.

Seguramente, a sustentabilidade torna-se cada dia mais um aspecto de bastante relevância no meio corporativo.

Referências

BRASIL, República Federativa do. Lei n° 12.305/2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm Acesso em 07 Fev 2019.

Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. **Relatório setorial n. 1, 2000.** Disponível em https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/publicacoes/periodicos/bndes-setorial-47, p. 3 Acesso em 05 Fev 2019.

BARBOSA, Paulo Roberto Arcoverde. **Índice de sustentabilidade empresarial da Bolsa de Valores de São Paulo (ISE - BOVESPA): exame da adequação como referência para aperfeiçoamento da gestão sustentável das empresas e para formação de carteiras de investimento orientadas por princípios de sustentabilidade corporativa.** Disponível em:

https://www.coppead.ufrj.br/upload/publicacoes/Paulo_Barbosa.pdf Acesso em 07 Fev 2019.

Bolsa de Valores de São Paulo - B3. **Índice de Sustentabilidade Empresarial**. Disponível em http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/indices/indices-de-sustentabilidade/indice-de-sustentabilidade-empresarial-ise.htm Acesso em 01 Fev 2019.

MARCONDES, Adalberto Wodianer; BACARJi, Celso Dobes. *ISE – Sustentabilidade no Mercado de Capitais*. São Paulo: Report Editora, 2010.

FARAH, Elias. **Ética empresarial: reflexões básicas para uma análise mais ampla**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 55, p. 393, Jan 2012. Disponível em http://www.ifibe.edu.br/arq/20150914214430157445122O.pdf Acesso em Acesso em 07 Fev 2019.

ELKINGTON, John. *TheTriple Bottom Line of 21st Century Business*In: Cannibals With the Forks, Capstone, 1997.

Organização das Nações Unidas – ONU. **Carta da Terra.**Disponível em http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf Acesso em 05 Fev 2019.

Organização das Nações Unidas – ONU. **Pacto Global – 2000.**Disponível em https://www.caixa.gov.br/Downloads/sustentabilidade/Pacto_Global_Declaracao_de_Genebra_2007.pdf Acesso em 05 Fev 2019.

Holding transnational corporations accountable for human rights abuses under the alien tort claims act

Responsabilidad de las empresas transnacionales frente a vulneraciones de derechos humanos bajo la *alien tort claims act*

Silvia Vilar González[428]
University Jaume I

Summary: 1. Introduction. 2. Attributing liability to corporations for extraterritorial abuses. 3. Post-Kiobel lawscape: 'where the claims touch and concern...'. 4. Conclusion. 5. Bibliography.

1. Introduction

The United States offers various remedies for human rights abuses committed abroad, which have been highly developed in that jurisdiction.

The Alien Tort Claims Act (ATCA), also known as Alien Tort Statute (ATS), is a United States law composed of a single sentence, which reads as follows: "[t]he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States"[429].

Even though the ATCA was enacted as part of the first United States' Judiciary Act in 1789, this Statute "has not been applied by courts for about two hundred years after its coming into force"[430] but, in the present, for more than three decades, it has allowed "non-U.S. citizens to file lawsuits in U.S. federal courts for certain violations of international law… [and] human rights abuses, including genocide, crimes against humanity, summary execution, torture, slavery, war crimes, and state-sponsored sexual violence"[431].

Together with the ATCA and civil suits based on commonplace torts, there are also other means of protection for victims in the US territory, as those under the rubrics of transitory torts, the Torture Victim Protection Act (TVPA) or the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Statute. However, as the TVPA "requires the individuals to be acting in concert with government,

[428] International Doctor of Laws (University Jaume I, Castellón de la Plana-Spain), vilars@uji.es.
[429] 28 U.S. Code § 1350 (2012).
[430] DITTMERS, Hannah, "The Applicability of the Alien Tort Statute to Human Rights Violations by Private Corporations", *Journal of Science, Humanities and Arts*, Vol. 4, Iss. 2, 2017, p. 1-20. Available on: https://nyti.ms/2otRL3u. Accessed: 01/30/2019, p. 3.
[431] "The Alien Tort Statute: Holding Human Rights Abusers Accountable". *EarthRights International*. Available on: https://earthrights.org/how-we-work/litigation-and-legal-advocacy/legal-strategies/alien-tort-statute/. Accessed: 01/30/2019.

its ambit excludes acts committed by corporations without State aid"[432] and it is also necessary to appoint that "most claims that use transitory torts as their basis have been dismissed on grounds of *forum non conveniens*"[433].

The seminal case in which the ATCA was applied was *Filártiga v. Pena-Irala*[434], where the United States Court of Appeals for the Second Circuit determined on June 30, 1980, that the ATCA may be used to bring claims for significant human rights abuses, "although the crime or tort itself did not have any relation to the United States"[435].

At first, the ATCA was primarily used against individuals acting 'under colour of law', that means, acting as government officials or as members of the security military or police forces, among others, or against abuses committed by persons acting on behalf of, or together with, such authorities. But since 1995, with the *Kadic v. Karadzic*[436] case, it also started being used to sue against particular persons or private agents, "holding that the claims may be brought against *de facto*, but unrecognized governments and private bodies under the ATCA"[437] granting jurisdiction to US federal courts "for suits alleging torts committed anywhere in the world against aliens in violation of the law of nations"[438].

With respect to current heads of State, such as presidents, prime ministers or kings, they cannot be held liable in a human rights lawsuit within the United States' territory, but as soon as they leave office, they could also be subject to civil lawsuits for any human rights abuses, even those committed while they were in office.

2. Attributing liability to corporations for extraterritorial abuses

Since 1996, with the *Doe v. Unocal*[439] case, the ATCA has also been used in seeking redress for human rights abuses where multinational corporations have had complicity, forcing them to assume their responsibilities, and finishing with their chance of getting away with their responsibilities "in countries with weak legal systems that were unable or unwilling to provide meaningful justice to victims of abuse against massive corporate enterprises, and where the government itself may have been involved in the abuses"[440].

---

[432] CHOUDHURY, Barnali, "Beyond the Alien Tort Claims Act: Alternative Approaches to Attributing Liability to Corporations for Extraterritorial Abuses", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 26, Iss. 1, 2005, p. 50.
[433] Ibid.
[434] *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), decided June 30, 1980.
[435] DITTMERS, Hannah, "The Applicability of…", cit., p. 3.
[436] *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 235 (2d Cir. 1995), decided October 13, 1995.
[437] HUTCHENS, Kristen, "International Law in the American Courts – Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.: The Decision Heard 'Round the Corporate World", *German Law Journal*, Vol. 9, No. 5, 2008, p. 653.
[438] See *Kadic v. Karadzic*, cit.
[439] *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002), decided September 18, 2002.
[440] "The Alien Tort Statute: Holding Human Rights…", cit.

The *Doe v. Unocal* case was filed on behalf of Myanmar villagers who had been enslaved, tortured and raped by Myanmar military forces, with the intention of providing security for the U.S. oil company Unocal and its pipelines. In this case, the Court established that it was possible to hold legally responsible corporations and their executives under the ATS for violations of international human rights law.

From that moment on, "courts have repeatedly recognized that ATS cases can proceed against corporations if they commit the most serious abuses or if they 'aid and abet' abuses by government officials"[441].

In this sense, there are many examples of questions where multinational corporations have been sued under the ATCA, "for directly committing illegal torts or for aiding and abetting the governments' abusive conduct"[442] but, in any case, for their complicity in human rights abuses occurred outside the territory of the United States. We could mention, for instance, the following cases:

- *Iwanowa v. Ford Motor Co.*[443], which deals with "Iwanowa's allegations that Ford Werke coerced her, and thousands of other persons, to perform forced labor under inhuman conditions during World War II without compensation"[444]. This case was dismissed in light of the political question doctrine.

- *Aguinda v. Texaco, Inc.*[445], where Peruvian and Ecuadorian citizens sued the mentioned oil company for alleged personal injury, property damage and risk of disease derived from pollution caused by the defendants in Peru and Ecuador that violated the law of nations. This case was dismissed in light of *forum non conveniens*.

- *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*[446], where the victims alleged that the defendant collaborated in torture, enslavement, war crimes, and genocide committed by the Sudanese government.

- *Sinaltrainal, et al. v. Coca Cola Co. et al.*[447], where the victims alleged that the companies hired, contracted with or otherwise directed paramilitary security forces in Carepa (Colombia), that murdered and tortured the leaders of Sinaltrainal, in violation of international law and the law of the United States and Florida.

---

441 Ibid.
442 HUTCHENS, Kristen, "International Law in…", cit., p. 640.
443 *Iwanowa v. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424, 485 (D.N.J. 1999), decided October 28, 1999.
444 See *Iwanowa v. Ford Motor Co.*, cit.
445 *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002) , decided August 16, 2002.
446 *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003), decided March 19, 2003.
447 *Sinaltrainal, et al. v. Coca Cola Co. et al.*, 256 F. Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2003), decided March 28, 2003.

- *Sosa v. Alvarez-Machain*[448], where the Court made clear that to proceed under the ATCA, "violations of international law must be of a norm that is specific, universal, and obligatory"[449], although in the present case the Court ruled that the "extraterritorial abduction and forcible transfer by the United States government of Mexican national, Humberto Alvarez-Machain, to the United States did not create a cause of action under the Alien Tort Statute"[450].

- *Sarei v. Rio Tinto PLC*[451], which raised "numerous claims under the ATS: (1) crimes against humanity resulting from the blockade; (2) war crimes for murder and torture; (3) violation of the rights to life, health, and security of the person resulting from the environmental damage; (4) racial discrimination in destroying villages and the environment, and in working conditions; (5) cruel, inhuman, and degrading treatment resulting from the blockade, environmental harm, and displacement; (6) violation of international environmental rights resulting from building and operating the mine; and (7) a consistent pattern of gross violations of human rights resulting from destruction of the environment, racial discrimination, and PNG military activities"[452]. This case was dismissed in light of, among others, the act of state doctrine.

- *Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.*[453], which is a case related with the South African apartheid regime, and where victims and their relatives sued several corporations alleging that they actively and willingly collaborated with the government of South Africa in maintaining apartheid between 1948 and 1994, but the Court argued that "[s]ince subject matter jurisdiction under the ATCA depends on whether the defendants have violated an international law norm *which federal courts are prepared to recognize, accept and make available to litigants*, the application of the criteria for making that determination is one that by definition goes to the issue of subject matter jurisdiction"[454].

- *In re Chiquita Brands International, Inc.*[455], where a group of Colombians filed a lawsuit against that company under the ATCA and the Torture Victims Protection Act, alleging the company's complicity in crimes committed by Colombian paramilitaries in the period between the 1990s and 2004.

---

448 *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 727 (USSC 2004), decided June 29, 2004.
449 See *Sosa v. Alvarez-Machain*, cit.
450 HUTCHENS, Kristen, "International Law in…", cit., p. 643.
451 *Sarei v. Rio Tinto PLC*, 487 F.3d 1193, (U.S. App. 2007), decided August 20, 2007.
452 See *Sarei v. Rio Tinto PLC*, cit.
453 *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 509 F.3d 148 (2d Cir. 2007), decided November 27, 2007.
454 See *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, cit.
455 *In re Chiquita Brands International, Inc.,* 792 F. Supp. 2d 1301 (S.D. Fla. 2011), decided June 3, 2011.

- Or *Bigio v. Coca-Cola Co.*[456], where the Bigio family alleged that the Coca-Cola Company violated the law of nations by knowingly purchasing a property wrongfully seized by the Egyptian government, during the Nasser regime.

However, there also exists a doctrine that considers that "[w]hile the human rights abuses alleged in corporate ATCA actions are undeniably atrocious and mandate remedy and recourse, it is questionable whether the ATCA is the appropriate vehicle to address these concerns"[457], while other authors estimate that "[i]t would be a violation of the separation of powers for the judiciary to place limits on the reach of the ATCA that have not been chosen by Congress"[458].

3. Post-kiobel lawscape: 'where the claims touch and concern...'

In 2013, during the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*[459] case, the Supreme Court of the United States placed limitations on Alien Tort Claims Act lawsuits, by ruling that they must 'touch and concern' the territory of the United States and alleging a technical issue that district courts do not have unlimited extraterritorial jurisdiction to judge human rights violations committed abroad. Only claims in which the victims demonstrate that their aspirations affect and concern the territory of the United States with enough force, i.e. in the event that the alleged situation of 'touch and concern' occurs regarding the United States of America, will be able to succeed.

The aforementioned 'touch and concern' requirement appears to erode to a large extent the defense and protection of human rights and the repression of international crimes through ATCA, restricting the use of this norm in the future and making it easier for such courts to decline their jurisdiction even when human rights violations are committed by transnational corporations based in the United States. Despite this, they consider that this matter does not affect the territory of the United States with enough force.

The same happened in the *Mastafa v. Chevron Corp.*[460] case, in 2014, where the Court, after saying that to establish jurisdiction under the ATS the complaint must plead the following: "(1) conduct of the defendant that 'touch[ed] and concern[ed]' the United States with sufficient force to displace the presumption against extraterritoriality, and (2) that the same conduct, upon preliminary examination, states a claim for a violation of the law of nations or aiding and abetting another's violation of the law of nations"[461], the Court denied its jurisdiction to judge the complaint of five Iraqi nationals against Chevron, on the basis that "[t]he complaint fail[ed] plausibly to plead

456 *Bigio v. Coca-Cola Co.*, 675 F.3d 163 (2d Cir. 2012), decided March 19, 2012.
457 ADAMSKI, Theresa (Maxi), "The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: a Threat to the United States' International Relations", *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, Iss. 6, 2011, p. 1537.
458 PAUST, Jordan J., "The History, Nature and Reach of the Alien Tort Claims Act", *Florida Journal of International Law*, Vol. 16, 2004, p. 265.
459 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (USSC 2013), decided April 17, 2013.
460 *Mastafa v. Chevron Corp.*, 770 F.3d 170 (2d Cir. 2014), decided October 23, 2014.
461 See *Mastafa v. Chevron Corp.*, cit., conclusion (6).b.

that defendants' conduct related to aiding and abetting the alleged violations of customary international law was intentional, and accordingly, the conduct [could not] state a claim for aiding and abetting liability under the ATS"[462].

Also, in the recent *Daimler AG v. Bauman et al.*[463] case, the Supreme Court dismissed the US Court's jurisdiction by "holding that a court may not exercise jurisdiction over a foreign corporation for conduct that took place entirely outside of the United States, unless the corporation's affiliations with the state in which the suit is brought are so constant and pervasive as to render it essentially at home in the forum state"[464]. Or in the *Jesner et. Al. V. Arab Bank, PLC.*[465], where the Supreme Court ruled "that the federal courts are not available to aliens in actions against foreign corporations"[466], and declined to decide whether corporations categorically can or cannot be sued under the ATCA.

For all these reasons, we could state that, regardless of what happens in the application of the ATCA in cases involving human rights violations by large transnational corporations during their business activities in different territories, it is necessary to adopt binding international instruments of global scope, as well as mechanisms for demanding direct civil or criminal liability through the course of international law to large transnational corporations when human rights violations are committed[467].

Some authors[468] say that the deep problematic lack of direct, effective corporate accountability for extraterritorial human rights violations, existed before and remains after the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* case.

However, despite the fact that the new requirements and that the extent of the limitations of the ATCA generate a confusing outlook for the future as well as a great uncertainty[469], it is undeniable that it still remains an important legal tool for the protection of human rights because "even if the success of an ATS claim seems unlikely, media coverage, political campaigns and

---

462 Ibid., conclusión (6).e.
463 *Daimler AG v. Bauman et al.*, 134 S. Ct. 746 (USSC 2014), decided January 14, 2014.
464 "Keeping Current: Daimler AG v. Bauman, et al., 134 S. Ct. 746 (2014)", *American Bar Association.* Available on: https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2014/05/keeping_current_weldon/. Accessed: 01/30/2019.
465 *Jesner et. Al. V. Arab Bank, PLC.*, 584 U.S. ___ (USSC 2018), decided April 24, 2018.
466 SHARMA, Chinmayi, "Summary: Supreme Court Rules in Jesner v. Arab Bank", *Lawfare,* 2018. Available on: https://www.lawfareblog.com/summary-supreme-court-rules-jesner-v-arab-bank. Accessed: 01/30/2019.
467 REQUEJO ISIDRO, Marta, "Responsabilidad Civil y derechos humanos en EEUU; ¿el fin del ATS?", *InDret,* núm. 3, 2011, p. 31.
468 GREAR, Anna and WESTON, Burns H., "The Betrayal of Human Rights and the Urgency of Universal Corporate Accountability: Reflections on Post-*Kiobel* Lawscape", *Human Rights Law Review*, No. 15, 2015, p. 21-44.
469 ALTMAN, Ranon, "Extraterritorial Application of the Alien Tort Statute After Kiobel", *University of Miami Business Law Review*, Vol. 24, 2016, p. 146.

boycotts can cause reputational harm and financial detriment to the defendant company that can be valuable in instilling corporate responsibility to respect human rights"[470].

5. Conclusion

Even though the jurisdictional scope of the ATCA has been restricted due to the judgment in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* case, the importance of this law in the context of the protection and defence of human rights cannot be denied by granting effective means of compensation to victims of serious human rights violations committed, inter alia, by transnational corporations and beyond the borders of the territory of the United States of America.

However, it is still necessary, preferably within the framework of the United Nations, to adopt an international regulatory framework to discipline the cross-border activity of these large corporations, establishing legal mechanisms for monitoring and supervising their business activities in the international arena, as well as to hold them accountable where appropriate, regardless of the voluntary legal provisions that currently exist, such as the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, the Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, drawn up within the International Labour Organisation, or the Global Compact of the UN Secretary-General, whose ten principles include the duty to ensure that companies are not accomplices in human rights violations.

On the other hand, despite the importance of the ATCA in the field of human rights, the protection of victims of these serious abuses, including genocide, crimes against humanity, summary execution, torture, slavery or war crimes, cannot be left in the hands of the United States district courts. It is necessary an ad hoc tribunal to be assigned or created to judge these cases through the course of international law, based on the regulations that are approved for this purpose and that it may start from the approval of the so-called 'Zero Draft', which contains the draft of the first legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, which is currently being negotiated within the United Nations.

6. References

ADAMSKI, Theresa (Maxi), "The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: a Threat to the United States' International Relations", *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, Iss. 6, 2011, p. 1502-1543.

ALTMAN, Ranon, "Extraterritorial Application of the Alien Tort Statute After Kiobel", *University of Miami Business Law Review*, Vol. 24, 2016, p. 111-146.

[470] HRISTOVA, Mirela V., "The Alien Tort Statute: A Vehicle for Implementing the United Nations Guiding Principles for Business and Human Rights and Promoting Corporate Social Responsibility", *University of San Francisco Law Review*, Vol. 47, 2012, p. 99.

CHOUDHURY, Barnali, "Beyond the Alien Tort Claims Act: Alternative Approaches to Attributing Liability to Corporations for Extraterritorial Abuses", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 26, Iss. 1, 2005, p. 43-75.

DITTMERS, Hannah, "The Applicability of the Alien Tort Statute to Human Rights Violations by Private Corporations", *Journal of Science, Humanities and Arts*, Vol. 4, Iss. 2, 2017, p. 1-20. Available on: https://nyti.ms/2otRL3u. Accessed: 01/30/2019.

GREAR, Anna and WESTON, Burns H., "The Betrayal of Human Rights and the Urgency of Universal Corporate Accountability: Reflections on Post-*Kiobel* Lawscape", *Human Rights Law Review*, No. 15, 2015, p. 21-44.

HRISTOVA, Mirela V., "The Alien Tort Statute: A Vehicle for Implementing the United Nations Guiding Principles for Business and Human Rights and Promoting Corporate Social Responsibility", *University of San Francisco Law Review*, Vol. 47, 2012, p. 89-108.

HUTCHENS, Kristen, "International Law in the American Courts – Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.: The Decision Heard 'Round the Corporate World", *German Law Journal*, Vol. 9, No. 5, 2008, p. 639-681.

PAUST, Jordan J., "The History, Nature and Reach of the Alien Tort Claims Act", *Florida Journal of International Law*, Vol. 16, 2004, p. 249-266.

REQUEJO ISIDRO, Marta, "Responsabilidad Civil y derechos humanos en EEUU; ¿el fin del ATS?", *InDret,* No. 3, 2011, p. 1-38.

SHARMA, Chinmayi, "Summary: Supreme Court Rules in Jesner v. Arab Bank", *Lawfare,* 2018. Available on: https://www.lawfareblog.com/summary-supreme-court-rules-jesner-v-arab-bank. Accessed: 01/30/2019.

Gestação de Substituição ou Barriga de Aluguer? Os novos rumos da Procriação Medicamente Assistida em Portugal

Surrogate motherhood or Womb for Rental? The new directions of Medically Assisted Procreation in Portugal

Miguel Luís Doutel de Almeida de Antas de Barros[471]
Universidade Portucalense – Infante D. Henrique

Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo Veloso[472]
Faculdade de Direito da Universidade do Porto
ESTG do Politécnico do Porto

Sumário:1. Introdução – A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. 2. A parentalidade heteróloga feminina - Lei n.º 17/2016 de 20 de Junho. 3. Da nula maternidade de substituição à altruísta gestação de substituição - Lei n.º 25/2016 de 22 de Agosto. 4. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução – A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho

No passado dia 6 de Dezembro, foram aprovados na generalidade, pela Assembleia da República, projetos de lei apresentados por todos os partidos do espectro parlamentar, à exceção do CDS/PP, que prendem lidar com as implicações para o sistema de procriação medicamente assistida que resultaram do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, prolatado a 24 de Abril, e publicado no Diário da República de 7 de Maio de 2018.

O atual regime legal das técnicas de procriação medicamente assistida[473], aprovado pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, está envolto em polémica constitucional desde o início da sua

[471] Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade Portucalense – Infante D. Henrique). Pós-Graduado em Justiça Administrativa pelo CEDIPRE – Universidade de Coimbra. Licenciado em Direito pela Universidade Católica do Porto. Assistente Convidado no Instituto Politécnico da Maia. Advogado. E-mail: m.antasdebarros@mail.telepac.pt

[472]Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP). Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Económicas) pela FDUP. Licenciada em Direito pela FDUP. Professora Adjunta Convidada na ESTG do Politécnico do Porto. E-mail: patricia_anjos_azevedo86@hotmail.com .

[473] Doutrinariamente sobre estas matérias vejam-se, por exemplo, os seguintes contributos: MAC CRORIE, Benedita - O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: comentário ao Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional. In A Dignidade da pessoa humana na justiça constitucional. Org. Jorge Reis Novais; Tiago Fidalgo de Freitas. Almedina, 2018; RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto - Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). Revista do Ministério Público. Lisboa, n.º 149 (jan./mar. 2017), pp. 9-51; e SILVA, Susana - Procriação medicamente assistida: práticas e desafios. Imprensa de Ciências Sociais, 2014.

vigência, tendo a sua aprovação motivado que um grupo de trinta e um deputados tivesse dirigido àquele Tribunal um pedido de fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade daquele diploma.

Tal pedido de fiscalização vinha fundado em violação de normas procedimentais e materiais da constituição que, segundo os seus signatários, feriam a lei de inconstitucionalidades formais e materiais. Alegavam que no dia da votação daquela leitinha dado entrada uma petição de referendo de iniciativa popular, subscrita por mais de setenta e nove mil cidadãos, na qual era solicitada a realização de um referendo sobre a Lei em debate na Assembleia da República. Alegavam, ainda e resumidamente, que algumas normas do diploma violavam preceitos constitucionais materiais, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção de Oviedo para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, salientando que se *"todos os intervenientes no processo de PMA têm dever de sigilo, a pessoa concebida através dessa técnica nem sequer tem forma de suspeitar que a sua identidade real não corresponde à declarada no assento de nascimento",* o que punha em causa o direito constitucional ao conhecimento integral da identidade pessoal e genética por parte das crianças nascidas com recurso a algumas técnicas de procriação medicamente assistidas, em violação, entre outros, dos artigos 25º e 26º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

A posição assumida por estes deputados do CDS e do PSD não mereceu acolhimento do Tribunal Constitucional, que no seu acórdão 101/2009, de 1 de Abril, reconhecendo a existência de soluções díspares a nível de direito comparado, salientava que *"as posições jurídicas contidas no direito à identidade pessoal, como seja o direito ao conhecimento das origens genéticas, não têm necessariamente uma força jurídico-constitucional uniforme e totalmente independente dos diferentes contextos em que efectivamente se desenvolve essa identidade pessoal. O reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam reflectir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal"* e que *"o direito a constituir família é certamente um factor a ponderar na admissibilidade subsidiária da procriação heteróloga. A partir do momento em que se admite uma modalidade de procriação medicamente assistida que pressupõe a doação de gâmetas por um terceiro, mal se compreenderia que se estabelecesse um regime legal a ela relativo que fosse tendente a afectar a paz familiar e os laços afectivos que ligam os seus membros."*

Contudo, convém aqui recordar que este acórdão recaía sobre o texto da lei aprovado em 2006, que apenas admitia o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida a *"pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos"*, isto é, o recurso a estas técnicas tinha que ocorrer por iniciativa de uma mulher e de um homem em conjunto, com o propósito

comum de constituir família e a quem tivesse sido diagnosticada infertilidade, doença grave ou, ainda, para ultrapassar o risco de transmissão de doenças de origem genética, infeciosa ou outras.

No que diz respeito à *"maternidade de substituição"*, como a lei então designava a possibilidade de uma mulher suportar uma gravidez no interesse de outra, o que na linguagem corrente é uso designar por *"barriga de aluguer"*, a Lei n.º 32/2006 declarava nulos todos os negócios a tal respeito, gratuitos ou onerosos, estatuindo a final do artigo 8º que *"A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer"*.

2. Aparentalidade heteróloga feminina - Lei n.º 17/2016 de 20 de Junho

A primeira modificação de vulto no sistema de procriação medicamente assistida foi introduzida pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, através da qual se procedeu à modificação de alguns artigos, nucleares na definição do propósito do sistema e na qualidade dos beneficiários: artigos 6.º, 7.º, 10.º, 19.º, 20.º e 25.º.

Assim, através da introdução de um novo número no artigo 4º, o sistema de procriação medicamente assistida deixou de ter propósitos terapêuticos, passando a incorporar projetos de família monoparentais, sem necessidade de qualquer consideração médica, uma vez que determinou a elegibilidade de *"todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade"*.

Prosseguindo o mesmo objetivo como, aliás, a quase totalidade das alterações introduzidas, foi alterado o primeiro número do artigo 6º, passando a poder recorrer às técnicas de PMA*"os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual"*.

O artigo 19º, n.º 1, que antes determinava que o recurso à inseminação artificial era possível quando *"face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar"*, passou, simplesmente a estatuir a possibilidade de recurso àquela técnica quando *"não puder obter-se a gravidez de outra forma"*, querendo com isto significar que tal técnica passou a ser possível quando a beneficiária é uma mulher ou uma mulher casada com outra mulher.

A partir da entrada em vigor desta lei, isto é, para as crianças nascidas após o dia 1 de Agosto de 2016, e por via do estabelecimento da filiação por consentimento, nos termos previstos no artigo 20º da Lei da PMA, passou a ser possível estabelecer a filiação de uma criança com duas mães, particularmente quando a mãe biológica é casada ou vive em união de facto com outra

mulher e esta tiver consentido no recurso à técnica de inseminação artificial (*vide* parecer do Conselho Consultivo do IRN n.º 35/ CC /2016)[474].

3. Da nula maternidade de substituição à altruísta gestação de substituição - Lei n.º 25/2016 de 22 de Agosto

Em 13 de Maio de 2016, o Parlamento aprovou um diploma que, também através de diversas alterações à lei da procriação medicamente assistida, introduzia no nosso sistema jurídico as *"barrigas de aluguer"*, designando-as agora de *"gestação de substituição*".

Esta primeira versão da lei veio a ser vetada pelo Presidente da República que, citando o parecer do Conselho Nacional para as Ciências da Vida, levantou dúvidas por não estarem *"salvaguardados os direitos da criança a nascer, da mulher gestante, nem ser feito um enquadramento adequado do contrato de gestação"*, assegurando que o fazia para dar à Assembleia da República *"a oportunidade de ponderar, uma vez mais, se quer acolher as condições preconizadas pelo Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida, agora não consagradas ou mesmo afastadas"*, e dizendo-se perplexo por *"num regime que se pretende inovador e aberto, a manutenção do anonimato, que impede o conhecimento da paternidade, quando vários Estados europeus não só o admitem, como já reverteram anteriores regimes de anonimato."*[475]

Na sequência desta decisão, a Assembleia da República produziu aquela que viria a ser a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, sem contudo acolher todas as razões que determinaram o veto presidencial.

Assim, através de uma nova redação do artigo 8º da Lei n.º 32/2006 – que antes proibia a maternidade de substituição, declarava nulos todos os contratos a tal respeito e havia como mãe da criança a mulher que suportasse a gravidez no interesse de outrem – passou a definir este ato como *"gestação de substituição"*, passando a admitir que fossem celebrados contratos gratuitos com este objeto, isto é, contratos em que *"a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade"*.

A lei determinou, contudo, que a "*celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem"*, fazendo depender os mesmos *"da autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida"* (artigo 8º n.ºs 2 e 4).

---

[474] Disponível *online* em: www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2016/pareceres-civil/downloadFile/attachedFile_5_f0/35_CC_2016_CC73_2016_STJ-CC.pdf?nocache=1474623665.13 .

[475] Cfr. https://www.publico.pt/2016/06/07/politica/noticia/marcelo-veta-barrigas-de-substituicao-e-da-luz-verde-as-35-horas-1734416 .

Naturalmente, no mesmo artigo determinou-se que a filiação da criança a nascer através do recurso à *"gestação e substituição"* é estabelecida em relação aos respetivos beneficiários.

De fora das formulações do novo texto legal ficaram as preocupações expressas no veto presidencial sobre o direito da mulher grávida ao arrependimento e sobre o acesso da criança ao conhecimento da identidade do seu progenitor, no caso da inseminação artificial, e da identidade da gestante, no caso do recurso à barriga de aluguer (ou, melhor, do ventre de comodato).

Será de notar que após estas alterações à Lei n.º 32/2006, as possibilidades que foram aventadas pelo presidente da Comissão Nacional de Procriação Medicamente Assistida ultrapassaram largamente a imaginação de Aldous Huxley ou de um qualquer leigo menos atento a estes fenómenos, incluindo-se como exemplos de pessoas elegíveis para recorrer à maternidade de substituição as mulheres transexuais (por terem nascido sem útero) ou a possibilidade de maternidade biológica partilhada entre pares de mulheres homossexuais (uma mulher fornece o óvulo para fertilização que será implantado no útero da sua companheira), sustentando este entendimento no facto de não se tratar de *"gestação de substituição"*, porque *"não se cumpre a condição de que a gestante entregue a criança após o parto"*. [476]

4. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018

Como em 2006, um grupo de trinta deputados (do CDS e do PSD) intentaram um novo pedido de fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade das alterações introduzidas na Lei n.º 32/2006, pelo conjunto das Leis n.º 17/2016, de 20 de Junho, e n.º 25/2016, de 22 de Agosto, invocando a inconstitucionalidade material dos artigos 8º (Gestação de Substituição) , 15º (Confidencialidade) e 20º (Determinação da Parentalidade), por violação, sucintamente, dos artigos 1º, 13º, 18º, 26º, 67º e 69º da Constituição, que é dizer, por preterição dos princípios da Dignidade do Homem, da Igualdade, da Proporcionalidade, dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética e do dever do Estado de proteção da infância.

Quanto ao acórdão propriamente dito, a decisão (não obstante ter contado com votos de vencido) passou pelo seguinte: *"a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1;b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com*

[476]Cfr. https://www.publico.pt/2017/05/06/sociedade/noticia/uma-crianca-pode-ter-duas-maes-biologicas-conselho-de-pma-nao-se-opoe-1771007 .

o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa;c) Declarar a inconstitucionalidade consequente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei;d) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo;e) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa;f) Não declarar a inconstitucionalidade das normas dos restantes artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, mencionados no pedido formulado pelos requerentes;g) Determinar, ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das alíneas a), b) e c) não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho."

De notar que a única referência expressa da CRP à procriação medicamente assistida consta da alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º, que determina que incumbe ao Estado regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. Este preceito foi introduzido na CRP pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro. Ao remeter para a dignidade da pessoa humana, o artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da CRP pretende salvaguardar os direitos das pessoas que mais diretamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida, em especial, o direito à integridade física e moral (artigo 25.º), o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º), o direito a constituir família (artigo 36.º), e, ainda, o direito à saúde (artigo 64.º).

Ademais, a regra é a da não revelação da identidade do doador à pessoa que nasce de técnica de reprodução assistida heteróloga, a menos que subsistam razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial. Destarte, estamos perante um conflito de direitos fundamentais, ou seja, o direito de uma pessoa nascida de PMA à sua identidade pessoal; e, por outro lado, o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar. A propósito do direito ao conhecimento da identidade genética, consideram os subscritores do pedido de apreciação de constitucionalidade a que aqui se alude que é também violado o princípio da igualdade perante a

lei, já que só uma parte da população portuguesa (isto é, a que não nasça por recurso a técnicas de PMA) tem direito ao conhecimento da sua identidade genética.

Concretamente quanto ao regime de revogabilidade do consentimento (isto é, do arrependimento), o que a lei determina é que os contratos de gestação de substituição são livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA, tendo o acórdão aqui em causa declarado inconstitucional a não admissão da revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos.

Sobre esta matéria, muitas foram as propostas dos partidos políticos portugueses, no sentido da fixação de um prazo para o arrependimento da mulher gestante, que passam pela introdução de um período de arrependimento que vai desde 10 dias após o parto até à solução de o fixar até à declaração do nascimento da criança junto do registo civil.

Por outro lado e sobre o direito ao conhecimento da origem nas soluções de PMA heteróloga, as propostas em debate no Parlamento passam pela criação de um regime transitório, através do qual se permitirá a utilização de material genético com origem em doações anónimas anteriores a 24 de Abril de 2018, pelo prazo de cinco anos a contar da entrada em vigor da lei que venha a ser aprovada.

5. Conclusão

Não desdenhamos do efeito que a surpresa desta decisão criou no íntimo dos defensores da solução jurídica das *"barrigas de aluguer"*, nem da frustração das expectativas que a entrada em vigor e posterior declaração de inconstitucionalidade da lei gerou nos potenciais candidatos a beneficiar de uma gestação de substituição ou de uma inseminação artificial heteróloga. Ora, a constatação dessa realidade lança alguma luz sobre as razões que determinaram a pretensão pela criação de um regime transitório na aplicação da declaração de inconstitucionalidade que o acórdão patenteia.

Porém, se o Tribunal Constitucional tivesse entendido que a declaração de inconstitucionalidade das normas carecia de qualquer regime transitório, teria lançado mão do dispositivo ínsito no n.º 4 do art.º 282.º da CRP, o que lhe permitiria fixar um momento diferente do da entrada em vigor da Lei, para a produção de efeitos desta decisão. Não o fez, apesar de ter lançado mão de tal prerrogativa noutras ocasiões como, por exemplo, no Acórdão n.º 413/2014, quando decidiu que uma determinada declaração de inconstitucionalidade só produziria efeitos a

partir da data da sua prolação. E parece não poder ser de outra forma. É inegável que qualquer das soluções legislativas projetadas cria uma discriminação infundada entre as pessoas que hão-de ser concebidas no período transitório previsto em todos os projetos e todas as demais. Estes últimos, são detentores do direito fundamental ao conhecimento da sua origem e da sua identidade genética, ao passo que àqueles não lhes será reconhecido esse direito e serão gerados de forma tal, que nunca lhes será possível vir a exercê-lo, ainda que a lei viesse a ser modificada. É que, cada ser humano é ele próprio detentor e sujeito dos mesmos direitos, liberdades e garantias que todos os outros. A solução encontrada iria criar um estatuto especial para o grupo de cidadãos que viesse a ser concebido na vigência do período transitório.

Finalmente, e em relação aos prazos previstos para o exercício do direito ao arrependimento da mulher gestante, é tal a disparidade de soluções apresentadas que parece terem sido atiradas sem qualquer critério ou base valorativa de sustentação, não se perspetivando que visem proteger os interesses da gestante ou da criança em gestação, mas antes contornar formalmente a decisão do Tribunal Constitucional. Parece que se pretende provocar a entrada em vigor de uma qualquer lei, com os propósitos confessados em algumas declarações de motivos, ainda que esteja condenada a vir a ser declarada inconstitucional novamente.

Como fizeram notar os defensores da Lei, o Tribunal Constitucional não se pronunciou pela inconstitucionalidade do instituto da gestação de substituição. Porém, parece inegável que a declaração de inconstitucionalidade desarticulou esta Lei, já de si construída em equilíbrio bastante precário. Contudo, estamos em crer que é do manifesto conflito de interesses que emerge entre os sujeitos de uma relação jurídica deste cariz que resulta a violação pontual de normas constitucionais, que visam proteger direitos, liberdades e garantias dos intervenientes. De facto, parece ser impossível criar um regime jurídico que acomode em especial, os interesses mais sensíveis, os da mulher gestante e os da criança que será gerada, sem macular os imperativos constitucionais vigentes no ordenamento jurídico português.

6. Referências

MAC CRORIE, Benedita - O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: comentário ao Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional. In A Dignidade da pessoa humana na justiça constitucional. Org. Jorge Reis Novais; Tiago Fidalgo de Freitas. Almedina, 2018.

RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto - Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). Revista do Ministério Público. Lisboa, n.º 149 (jan./mar. 2017), pp. 9-51.

SILVA, Susana - Procriação medicamente assistida: práticas e desafios. Imprensa de Ciências Sociais, 2014.

Legislação:

Constituição da República Portuguesa, disponível *online* em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx .
Lei n.º 25/2016 de 22 de Agosto, disponível *online* em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&so_miolo= .
Lei n.º 17/2016 de 20 de Junho, disponível *online* em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2570&tabela=leis&so_miolo= .
Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, disponível *online* em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis .

Jurisprudência:

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, disponível *online* em: https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized .
Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, disponível *online* em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized .

Outros:

www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2016/pareceres-civil/downloadFile/attachedFile_5_f0/35_CC_2016_CC73_2016_STJ-CC.pdf?nocache=1474623665.13
https://www.publico.pt/2016/06/07/politica/noticia/marcelo-veta-barrigas-de-substituicao-e-da-luz-verde-as-35-horas-1734416
https://www.publico.pt/2017/05/06/sociedade/noticia/uma-crianca-pode-ter-duas-maes-biologicas-conselho-de-pma-nao-se-opoe-1771007.

The taxation of use licenses of off-the-shelf software: a proposal for a resolution to the conflict of competence between federative entities in Brazil

Carlos Eduardo de Arruda Navarro[477]
Getúlio Vargas Foundation Law School (FGV-SP)

João Vitor Kanufre Xavier da Silveira[478]
Getúlio Vargas Foundation Law School (FGV-SP)

Index: 1. Assumptions and purpose of this article. 2. Brief history of the taxation of the digital economy. 3. Our opinion on the conflict of competence taxation of licenses for use of the off-the-shelf software. 3.1. The perpetual license. The theporary use license. 4. Conclusion. 5.. References.

1. Assumptions and purpose of this article

The object of this article is the use license (temporary or perpetual) of the software delivered through the cloud/streaming (and not the software transferred by physical or downloadable media), whose nature is the standard version ("off-the-shelf"), excluding that customized software. Also, such use license, object of our study, is that signed between licensor (foreign or national) and the final consumer.

Thus, we will focus the analysis on the possible incidence of ICMS (State VAT), of the municipal tax on services (ISS), and of any residual tax set forth in article 154, I, of the Constitution of the Republic, on such license.

2. Brief history of the taxation of the digital economy

In the judgment of the RE 176.626-3/SP[479], related Min. Sepúlveda Pertence, the Supreme Court (STF) established the difference between the off-the-shelf software, notably that standardized and developed for consumption in large-scale, customized software, custom developed for an specific user, for tax purposes.

---

[477] Graduated at Universidade São Bernardo do Campo. Postgraduate in Tax Law at the Getúlio Vargas Foundation Law School (FGV-SP). Master's degree in Tax Law at the Getúlio Vargas Foundation Law School (FGV-SP). Professor of Tax Law at the Postgraduate and MBA courses at the Getúlio Vargas Foundation Law School (FGV-SP). Lawyer in São Paulo. E-mail for contact: cnavarro@viseu.com.br

[478] Graduated at Universidade Federal do Paraná (UFPR). Postgraduate in Tax Law at the Getúlio Vargas Foundation Law School (FGV-SP). Student enrolled in the master's degree for the Department of Financial and Economic Law from the University of São Paulo (USP). Lawyer in São Paulo. E-mail for contact : jsilveira@viseu.com.br

[479] STF – RE 176.626-3/SP - Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Primeira Turma –DJ.: 12/11/1998

At that time, the standardization argument was decisive in order for the off-the-shelf software to be considered as good, and therefore in the ICMS incidence field, and the customized software was considered as the result of a service, and therefore in the ISS incidence field. However, in the judgment, the vehicle through which the software was accessed (archaic physical media) was confused with the purpose itself (software), so that the existence of the "*corpus mechanicum*" was relevant to software recognition as good.

Later, the STF changed its position, at the time of the judgment of the Precautionary Measure in Direct Action of Unconstitutionality ADI 1.945/MT, appreciating the provisions of State Law No. 7.098, of December 30, 1998, of the State of Mato Grosso, through which, by majority vote, according to which the software transferred by electronic means would receive the ICMS tax.[480][481] Although the Precautionary Measure in ADI 1945 has lost its object, it can be affirmed that the STF established a position on the incidence of ICMS in operations involving the digital transfer of the software.

With those positions, we could affirm that the ICMS taxes on the licenses of use of the off-the-shelf software, and the ISS focuses on the licenses of software to order? No.

This is because item 1.05, which concerns the license "or assignment of right of use of computer programs", was included in Complementary Law 116/2003, is list of services taxable by the ISS.[482] With this inclusion, the Municipalities gained a strong argument for taxation by the ISS on licenses to use the software (regardless of their nature or transfer vehicle), and, consequently, to exclude ICMS taxation on such operations.[483]

The fight between municipalities and states has gained dramatic plots with the institution, within the scope of CONFAZ[484], of Agreement ICMS 181, of December 28, 2015,[485] which authorized the reduction of the ICMS calculation base, based on transfers (electronic or not) of

---

[480] STF – ADI 1945 – MC, Rel. Min. Octavio Gallotti, Redator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno – DJ.: 03/14/2011.

[481] In this sense, Federal Law no. 9609, February 19, 1998 ("Software Law"), in its Article 8, combined with its Article 9, seems to admit that software can be inserted in a legitimate commercial context. No wonder the existence of licensing agreements of the right to the commercialization of the computer program.

[482] BRAZIL. **Complementary Law n. 116**, dated July 31, 2003**.** It provides for the Tax on Services of Any Nature, which is the responsibility of the Municipalities and the Federal District, and provides other measures. Available at: **<**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm>. Accessed 02/17/2019.

[483] The constitutional objective of establishing a complementary law is precisely to determine the incidence of the ISS, according to article 156, II, of the Constitution of the Republic, and, principally, to resolve conflicts of jurisdiction between federal entities (such as states and municipalities) , as provided in Article 146, II, of the Constitution of the Republic.

[484] National Council of Finance Policy, created with the purpose of article 155, II, §2, XII, letter "g" and Complementary Law n. 24/1975, who are responsible for deciding on exemptions, incentives and tax benefits will be granted and revoked.

[485] CONFAZ. **Agree ICMS 181**, of December 28, 2015. Authorizes the federated units that specify to grant reduction of base of calculation in the operations with software, programs, electronic games, applications, electronic archives and the like in the form that specifies. Published in the DOU on 10/29/2015. Available in:< https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV181_15>. Accessed 02/17/2019.

standard software (off-the-shelf), thus endorsing the incidence of this tax in a context of digital economy.

After that, it came the Agreement ICMS 106, of September 29, 2017,[486] which established guiding principles for the collection of ICMS, within the States, in the transfer (electronic or not) of standard software, destined to the final consumer. But such agreement did not resolve the conflict of jurisdiction.

Having made this brief historical approach, we will try to shed light on the debate on the licensing of use licenses on the off-the-shelf software below.

3. **Our opinion on the conflict of competence taxation of licenses for use of the off-the-shelf software**

In this final chapter, we will comment on what consumption tax would apply to different use licenses of off-the-shelf software, separated here between the perpetual and temporary one. In order to do this, we will use criteria drawn from our legal system, especially from the STF jurisprudence when faced another similar themes, and that could be applied to our object of study.

3.1. The perpetual license

To be objective, we understand that the license for perpetual use of off-the-shelf software would clearly be applied in the ICMS incidence field. This is because the historical criteria used by the STF seem to fit more clearly into this case, let's see.

As seen, the Supreme Court understood that the ICMS could focus on electronic transfers of the off-the-shelf software, conceiving its mercantile nature, and distancing the means by which the software is transferred like criterion decisive for the taxation: means and ends shall not be confused.

Well, in the case of the license to use perpetual software, the licensee (final consumer) pays only once (although with installment payment) and is automatically authorized to use the software, and this authorization will never expire with time.

In this case, since the license would never return to the patrimony of those who sold it or would never expire, it seems quite clear that there would be "circulation of goods", understood here as the economic and legal circulation of the software, for ICMS purposes.[487] What we mean

---

[486] CONFAZ. **Agree ICMS 106**, of September 29, 2017. It disciplines the procedures for charging ICMS tax on operations with digital goods and merchandise marketed through electronic data transfer and grants exemption on exits prior to the exit destined to the final consumer. Published in the DOU on 10/05/2017. Available in: < https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV106_17>. Accessed 02/17/2019.

[487] In this case, according to article 12, I, of Complementary Law n. (In this case, destined to the final consumer, according to the rules laid down in ICMS Agreement 106/2017), giving rise to the circulation of merchandise dealt with in article 155, III, of the Constitution of the Republic

is that perpetual license of the software implies an unrestricted transfer of the use of the off-the-shelf software from one holder to the other, with exit, and this operation implies the circulation of goods.[488]

In other words, if there is any type of license that necessarily implies the incidence of ICMS, this is the license for perpetual use (assuming that the commercial license does not convey goods). In an apparent conflict of jurisdiction between the ICMS and the ISS[489], the criteria of inclusion in the list for the incidence of the latter tax does not seem to be sufficient to avoid ICMS, since the license for perpetual use conforms more to a commercial operation, and according to the criteria of the Constitutional Court, with the permanent transfer of the use of the good from one holder to another.

Such intelligence, however, does not conform to when the use license of the off-the-shelf software comes from a foreign licensor because, in this case, the ICMS-Import does not have its generating fact carried out. Pursuant to articles 2, I, and 12, IX, of Complementary Law No. 87, dated September 13, 1996, the generating event configures the entry of the merchandise into the country, through its customs clearance, which applies only to tangible goods.

Thus, ICMS would affect the perpetual license of use of the off-the-shelf software, signed between nationals (thus excluding ICMS-Import tax). Well. Let's see, the case of the temporary use license. Let's go ahead.

3.2 The theporary use license

In the temporary use license of an off-the-shelf software (such as subscription), there is a definite authorization for use of the software, which may or may not be conditional on the periodic payment for access to the program, for example:

a. A license that authorizes the use of certain functionality (such as the office package), made available by software, at a fixed time, upon payment of the price, and which may be renewed, provided there is a new remuneration; and

b. A License that authorizes the access to the software, having its continuity guaranteed through periodic payments (Netflix, for example).

In this case, two STF judgments that, along with the historical judgments dealt with in the previous topic, can help us to identify some more tax criteria in our investigation.

[488] That is to say, it is not necessarily only the purchase and sale of a good that generates ICMS tax because there is no article 155, III, of the Constitution of the Republic, or Article 12, I, of Complementary Law no. 87/1996, any exclusion for the occurrence of the taxable event, when there is exit from the taxpayer's establishment.
[489]In case of the incidence of ICMS automatically exclud the incidence of the residual tax of the Union.

The first is RE 158.834-9/SP[490], reported by Min. Sepúlveda Pertence, in which the majority vote understood that the ICMS would not affect the lease of movable good[491] and neither in its integration to the fixed assets of those who produced it, since there is no transfer of ownership of the merchandise, not revealing commercial activity. According to Min. Marco Aurélio, the "exit that aims to implement the lease no longer involves commercial operation, because the leased thing is not in the trade, nor is it destined to it", because good returns to the owner "who never ceases to be so considered".[492]

The second is the RE 116.121-3/SP[493], reported by Min. Octavio Galotti, in which the majority vote (also of Min. Marco Aurelio) was that the lease that ISS would not affect the leasing of goods (in this case, cranes), since, in such a contract, there would be no provision of service, embodied in the "human effort".[494] According to a vote by Min. Celso de Mello, "the ISS can only focus on obligations to do, whose conceptual matrix does not fit the contractual figure of the lease of movable property," since such legal transaction "does not involve the practice of acts that consubstantiate a *paestare* or a *facere*" and, yes," obligation to give".[495]

But what would be the relevance of these understandings to the subject discussed here? In common with the use license (temporary or otherwise), we have, like the lease, the license does not imply transfer of ownership of the software (but authorization for use)[496]. Also, like the temporary use license, the lease provides for periodic payments and the possibility of renewal of the agreement, by agreement of the parties.

By analogy, if we apply these understandings to temporary use license of the off-the-shelf software, we would have the following conclusions about the three incidents to which we mention in the first chapter:

a. The ICMS would not be levied because there is no transfer of the ownership of the software (and this conclusion could render the ICMS tax on the perpetual license of the unfeasible off-the-shelf software);

b. The ISS would not affect, since the authorization to use a software does not imply an obligation to do, since it would only authorize the use of the program; and

---

[490] STF – RE 158.834-9/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Relator p/acórdão Min. Marco Aurélio – DJ.: 09/05/2003.

[491] In that judgment, comprehend as the legal business by which the landlord temporarily cedes the use and enjoyment of well infungible, with the counterpart of the lessor's payment.

[492] STF – RE 158.834-9/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Relator p/ o acórdão Min. Marco Aurélio – DJ.: 09/05/2003.

[493] STF – RE 116.121-3/SP – Rel. Min. Octavio Gallotti, Relator p/ o acórdão Min. Marco Aurélio – DJ.: 05/25/2001.

[494] STF – RE 116.121-3/SP – Rel. Min. Octavio Gallotti, Relator p/o acórdão Min. Marco Aurélio – DJ.: 05/25/2001.

[495] STF – RE 116.121-3/SP – Rel. Min. Octavio Gallotti, Relator p/ o acórdão Min. Marco Aurélio – DJ.: 05/25/2001.

[496] The transfer of ownership occurs in a software assignment agreement, which is not the case.

c. By exclusion, the ideal would be the incidence of a residual tax, provided for in Article 154, III, of the Constitution of the Republic.

But we understand that this conclusion cannot be made, because we have the obligation not to be superficial, as it is to be discussed.

In the case of ISS, although the license is expressly contained in the list of services of Complementary Law n. 116/2003, and although the licensing may be accompanied by services such as support, maintenance and etc., we understand it by its non-incidence.

First of all, because the complementary service (such as support or maintenance of the software itself or of its transmitting vehicle, such as the cloud) is not confused with the licensing itself, there are items suitable for it even in the complementary law. We do not ignore that the interaction of the user with the software implies a "*facere*", but it is about the license that falls to our analysis, not about the functionality that the computer program can generate.

In this sense, we agree that with the criteria that the licensing of the off-the-shelf software, in fact, does not imply an obligation to do (something that resembles the authorizations for the brand), and therefore, there would be no service to claim the incidence of ISS.

Secondly, if it were a service, we would have some inescapable practical problems, such as: we would have to ignore the existence of stockpiles of use licenses of off-the-shelf software, otherwise we would have to admit that a service could be reproduced on a large scale, completely uniformly and even, at the same time.

In the case of ICMS, for use licenses signed between nationals (since ICMS-Import does not apply to intangible assets), although there is no transfer of ownership of the software, the fact is that the Constitution of the Republic does not face circulation of goods such as mere buying and selling (this is not part of the constitutional provision). And even if only the apparently provisional use of the software is authorized, while the authorization is in force, the enjoyment is full.

Secondly, the STF itself recognizes the mercantile character of the off-the-shelf software, regardless of the medium by which it is made available (be it cloud or streaming). And, that is to say, periodic payment of the price (whether through contract renewal or underwriting) does not necessarily imply an impediment to the ICMS tax, since there are no constitutional impediments to such a model - without prejudice to the legislation adapting to such a modality of payment.

Thirdly, in the case of an exit, even if the consumer electronics (as set forth in the Agreement), the factual support of the ICMS would be fulfilled, since it is true that the legislation must be interpreted, according to reality (without prejudice to the need for adjustments), therefore, the circulation of merchandise will exist.

On the other hand, in the case of ICMS, we would have excluded the collection of residual tax from the Union (supported by part of Brazilian lectors), since such a tax could not understand the scope of the tax levied by the States.

4. Conclusion

We shall not forget the fact that there are many issues not resolved by Brazilian legislation and jurisprudence (such as temporal and spatial criteria for collection and incidence of taxes). Nor shall we forget that many of these issues are not resolved because our laws were not intended for a digital economy context (such as the legal concept of establishment for ICMS collection purposes).

Nevertheless, the fact is that reality dictates that we solve problems of the digital economy with the tools that are within our reach and available in our ordering. And, with the prevalence of the favorable aspects to the incidence of ICMS, we have that the licenses of use (temporary or otherwise) of the off-the-shelf software, our opinion is that such operations are taxed by such tax, however, the licenses signed with licensor, a hypothesis in which the factual support of the ICMS-Import will not occur.

5. References

BRAZIL. **Complementary Law n. 116**, dated July 31, 2003**.** It provides for the Tax on Services of Any Nature, which is the responsibility of the Municipalities and the Federal District, and provides other measures. Available at: **<**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm>. Accessed 02/17/2019.

CONFAZ. **Agree ICMS 106**, of September 29, 2017. It disciplines the procedures for charging ICMS tax on operations with digital goods and merchandise marketed through electronic data transfer and grants exemption on exits prior to the exit destined to the final consumer. Published in the DOU on 10/05/2017. Available in: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV106_17>. Accessed 02/17/2019.

CONFAZ. **Agree ICMS 181**, of December 28, 2015. Authorizes the federated units that specify to grant reduction of base of calculation in the operations with software, programs, electronic games, applications, electronic archives and the like in the form that specifies. Published in the DOU on 10/29/2015. Available in:< https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV181_15>. Accessed 02/17/2019.

STF – ADI 1945 – MC, Rel. Min. Octavio Gallotti, Redator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno – DJ.: 03/14/2011.

STF – RE 116.121-3/SP – Rel. Min. Octavio Gallotti, Relator p/ o acórdão Min. Marco Aurélio – DJ.: 05/25/2001.

STF – RE 158.834-9/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Relator p/ o acórdão Min. Marco Aurélio – DJ.: 09/05/2003.

STF – RE 176.626-3/SP - Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Primeira Turma –DJ.: 12/11/1998.

O caso pobletes vilches *vs.* chile e a tutela do direito à saúde na corte interamericana de direitos humanos

Pobletes vilches vs. chile and protection of the right to health in interamerican court of human rights

Ana Paula de Jesus Souza[497]
Universidade Federal de Sergipe

Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias[498]
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Do Direito à Saúde. 3. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos. 4. Caso Poblete Vilches Vs. Estado do Chile: Uma mudança do paradigma interpretativo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conclusões. Referências.

1. Introdução

A tutela do direito à saúde tem sido centro de discussões acadêmicas e jurídicas. Na seara internacional, a temática tem sido ainda mais questionada. É evidente a fundamentalidade do direito à saúde, basta ver a sua característica emergencial e singular. Nesse aspecto, com fulcro na ampla proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem proferindo decisões que visam tutelar os direitos econômicos, sociais e culturais. O caso Poblete Vilches Vs. Chile inovou na esfera do sistema regional ao tutelar de forma autônoma e ampla o direito à saúde, levando em consideração diversos documentos da ordem internacional e a própria constituição do estado do Chile.

[497] Advogada, mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, pós-graduanda em direito público. Pesquisadora e bolsista vinculada à Fundação de Apoio à Pesquisa e à Inovação Tecnológica do Estado de Sergipe- FAPITEC. E-mail: paulasouzaap@hotmail.com

[498] Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente no programa de pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe. Professora Efetiva de Direito Civil da Universidade Federal de Sergipe, lotada no Departamento de Direito. Professora da Pós-Graduação Stricto-Sensu (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e membro do Núcleo Docente Estruturante da FANESE. E-mail: claragdias@gmail.com.

Nessa perspectiva, a Decisão, observando a indivisibilidade dos direitos humanos, sinalizou que todos os direitos possuem a mesma importância, não havendo óbice para a tutela no âmbito da Corte Interamericana. Por esse ângulo, com o objetivo de analisar a mudança de interpretação da Corte quanto a proteção do direito à saúde, o presente artigo possui três sessões e a conclusão. A primeira parte buscou analisar a tutela da saúde no âmbito nacional e internacional, com enfoque no conceito jurídico de saúde e na previsão constitucional. A segunda parte explorou a estrutura do Sistema Interamericano de Direito, com enfoque nas funções da comissão e da corte interamericana de direitos humanos. A terceira sessão buscou entender a mudança do paradigma interpretativo da Corte em relação a tutela da saúde, sinalizando a proteção autônoma deste direito. Por fim, a conclusão considerou os elementos da Sentença internacional e enfatizou a interpretação evolutiva utilizada no Caso Poblete Vilches Vs. Chile e a nova era de proteção dos direitos humanos.

2. Do direito à saúde

Em 1946, a Organização Mundial de Saúde (OMS), definiu o conceito de saúde como o "o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos" [499]. Malgrado o conceito ter sido idealizado por um órgão especializado na tutela da saúde, a definição objetiva sofreu diversas críticas de estudiosos, sob o fundamento de que a saúde não pode ser considerada como um "completo bem estar", considerando a natureza utópica da definição. (BEZERRA, SORPRESO, 2016, p.4)

Diante das duras críticas, o conceito foi ampliado na Conferência Internacional de Assistência Primária à Saúde (Alma-Ata), promovida pela OMS em 1978, alargou o conceito de saúde sinalizando a necessidade de implementação de políticas públicas e ações governamentais para a promoção da saúde. (BEZERRA, SORPRESO, 2016, p.6).

Hodiernamente, o conceito da saúde sofreu importantes avanços, tendo em vista que a saúde envolve não só o completo bem estar físico, mental ou social. Com enfoque na interdisciplinariedade do tema, na seara jurídica, a definição de saúde tem sido pensada.

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, (2006, p. 767);

> O QUE É "SAÚDE"?. Não há de ser simplesmente a ausência de doença. Há de ser também o gozo de uma boa qualidade de vida. Não se trata apenas de assistência médica, ambulatorial, hospitalar. Vai muito além disso, porque envolve ações governamentais destinadas a criar ambiente sanitário saudável.

[499] Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 01 fev. 2019.

Ante a complexidade do tema, impõe destacar que a saúde não tem sido compreendida somente como um bem-estar físico, psicológico e social, mas, também, como o direito a alimentação, meio ambiente equilibrado, saneamento básico, ações sanitárias e políticas públicas relacionadas à saúde.

A fundamentalidade do direito à saúde é cristalina, diante da sua conexão com o direito à vida. Não obstante a previsibilidade do direito à saúde no âmbito nacional, nos artigos 6º e 196º e seguintes da Constituição Federal, o dileto direito também encontra guarita na seara internacional. Notadamente a constituição federal bebeu da fonte internacional para a sua grande evolução ideológica quanto ao direito à saúde.

No âmbito internacional, diversos documentos e pactos foram criados com o fulcro na tutela dos direitos humanos. Em 1948, após o fim da segunda guerra mundial, surgiu a Declaração Universal de Direitos Humanos, que assegurou em seu corpo normativo, o direito à saúde, o bem estar e segurança social. O documento internacional fomentou uma construção ideológica da universalidade dos direitos humanos, promovendo um novo tempo na era de proteção dos direitos humanos. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), criado em 1966, também objetivou assegurar o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, com recomendação expressa da necessidade criação de medidas preventivas e reparatórias relacionadas à saúde. Nesse aspecto, na seara do sistema interamericano, a Convenção Americana não prevê diretamente o direito à saúde, todavia, com fulcro em tutelar esse direito, fora criado o Protocolado Adicional à Convenção Americana (Protocolo de San Salvador), que tutela o direito à saúde de forma direta. (SARLET, FIGUEIREDO, 2009, p.3).

3. O sistema interamericano de direitos humanos

Órgão de proteção regional, o Sistema Interamericano foi idealizado no ano de 1948, pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e a com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, na Colômbia. Após a sua criação, em 1959, fora criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão pensado em contribuir na tutela dos direitos humanos. (RESENDE, 2015, p.126).

O fundamento central da Comissão é salvaguardar os direitos humanos, todavia, a referida entidade também possui legitimidade para requisitar informações aos Estados-partes, bem como fazer recomendações nos casos em que haja latente violação aos direitos humanos, podendo realizar estudos sobre casos concretos que necessitem de melhor análise, e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (PIOVESAN, 2014, p. 335).

Com o avanço dos anos e pensando em efetivar a proteção dos direitos humanos, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Rosé da Costa Rica) em 1969, que só passou a vigorá em 1978. Após o processo de consolidação da Convenção Americana de Direito Humanos, o sistema interamericano passou a ter mais um órgão de proteção dos direitos humanos, a corte interamericana de direitos humanos, criada em 1979. A Corte Interamericana é considerado um órgão judicial com dupla função, consultiva, em relação a interpretação dos direitos inseridos no Pacto San Rosé da Costa Rica e a função jurisdicional, possibilitando os Estados-parte a submeterem casos para análise na Corte.

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos a Convenção Americana de Direitos Humanos possui uma grandiosa relevância, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, referendada em 1969, contando com 25 estados-partes. (PIOVESAN, 2014, p. 332).

É cristalina a amplitude dos direitos fundamentais previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, tais como, a vida, liberdade, honra, dignidade e dentre outros. Todavia, no referido diploma, não houve uma explanação minimalista sobre os direitos sociais, culturas e econômicos. Assim, constata-se que o direito à saúde não foi pormenorizado na Convenção. Após a necessidade de se tratar de forma específica dos direitos sociais, culturais e econômicos nasceu o Protocolo Adicional à Convenção, intitulado com Protocolo de São Salvador, passando a viger em 1999.

O Protocolo de São Salvador dispôs de forma minuciosa sobre a saúde, o que traduziu um importante marco para a história da humanidade, tendo em vista a essencialidade dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sabe-se que a magnitude da saúde é inquestionável, assim, nada mais adequado que o sistema interamericano traduzisse da forma detalhada a sua proteção no âmbito internacional, pois, a sua omissão gramatical poderia, de fato, causar um sentimento de descuido com um direito tão vultoso.

Assim traduz o art. 10 do Protoco Adicional à Convenção Americana (Protocolo de São Salvador):

> Direito à saúde. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b.Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c.Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

O Protocolo de São Salvador, em seu art. 10, atestou o caráter universal para a saúde, acentuando que toda pessoa tem direito à saúde, destacando que à saúde não é destinada apenas a uma classe desprovida de recursos financeiros, ou a determinada parte da população, dispondo que a saúde é destinada à todos, sem distinções sociais, econômicas ou culturais, baseando-se na universalidade dos direitos humanos.

4. Caso poblete vilches vs estado do chile: uma mudança de paradigma interpretativo da corte interamericana de direitos humanos.

Em março do ano de 2018, a Corte Interamericana de Direitos humanos enfrentou pela primeira vez, de forma autônoma, a tutela do direito à saúde perante a o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com base nos artigos 1.1, 26. 8.1 e 25 do Pacto San Rosé da Costa Rica. A condenação operou-se devido ao descaso clínico sofrido pela vítima o Sr. Poblete Vilches, no momento em que permaneceu internado no hospital público no estado do Chile.

A hodierna decisão trouxe um novo olhar acerca da proteção do direito à saúde, reconhecendo a necessidade de se observar documentos internacionais fora da ordem interna para a ampla tutela dos direitos sociais. A sentença ressaltou a observância do artigo 25.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e culturais e o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana.

Na lide, os representantes da vítima alegaram violação a saúde com base no art. 26 da Convenção Americana, com base no precedente do caso Lagos Campos Vs Perú, que pela primeira vez enfrentou uma violação a um direito social, com fundamento no do art. 26 da Convenção Americana.

Nesse aspecto, a Corte Interamericana se utilizou de uma análise mais ampla e direta da utilizada no caso Lagos Campos Vs. Perú, considerando a violação direta e autônoma do direito a saúde, com base no que dispõe o art. 26 da convenção americana e, bem como, por base de diversos instrumentos internacionais e da própria constituição Chilena que dispõe sobre o direito à saúde.

O referido artigo traz uma ampla proteção não só para os direitos civis e políticos, mas também para os direitos econômicos, sociais e culturais. A previsão denota a necessidade de se observar os direitos humanos de forma universal, não estando restrito a um único documento, mas com análise de importantes documentos internacionais e declarações, que mesmo com status de norma de conteúdo soft low, são consideradas como importantes instrumentos para promoção dos direitos humanos.

É importante salientar que, como roga o art. 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos, caso haja violação a direitos sociais, econômicos e culturais previsto no Protocolo de São Salvador não se é possível submeter os casos a crivo da Corte Interamericana por meio do sistema de petições. Desse modo, os direitos previstos no Protocolo de São Salvador não se submetem diretamente a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, exceto os direitos à liberdade sindical, educação e livre associação, conforme dispõe o art. 196 da referida Convenção Americana. (RESENDE, 2015, 143).

Logo, com base numa interpretação gramatical, não seria possível que a Corte Interamericana analisasse o caso da vítima Poblete Vilches, haja vista a sua ligação direta com o direito à saúde. Notadamente, a apreciação de uma violação só seria possível por via reflexa, quando um direito civil ou político fosse conjuntamente ultrajado.

Inicialmente, a previsão no art. 61 parece excluir a tutela jurisdicional aos direitos sociais, econômicos e culturais. Todavia, diante da importância desses direitos e com base na indivisibilidade e interdependência[500] dos direitos humanos, a Corte reconheceu a possibilidade de analisar diretamente e por via autônoma o direito à saúde. A Corte, atenta ao novo movimento global de proteção dos direitos humanos reconheceu a interdependência dos direitos civis políticos, econômicos, sociais e culturais e sinalizou a importância da tutela do direito à saúde em diversos documentos internacionais, ressaltando ainda a previsibilidade do direito à saúde em diversas constituições da América, como a do Chile, Brasil e outras.

Com efeito, a indivisibilidade roga que todos os direitos humanos possuem a mesma relevância e abrangência no mundo jurídico, não havendo distinção entre estes direitos, haja vista que todos os direitos humanos buscam a promoção da dignidade humana e, portanto, não havendo superioridade entre qualquer direito humano. A indivisibilidade busca assegurar, no contexto de valoração, a igualdade entre todos os direitos fundamentais à dignidade humana, considerando a relação de interdependência dos direitos humanos. Nesse toar, percebe-se que os direitos humanos se complementam, haja vista a relação de interdependência.

5. Considerações finais

Certamente, a contemporânea decisão inovou o modelo decisório em que a corte interamericana se utilizava ao longo dos anos, considerando que não há nenhuma previsão do direito à saúde na Convenção Americana, inclusive, o que existe é uma limitação em que impede a

[500] Asimismo, la Corte reiteró la interdependência entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Corte Interamericana de apreciar qualquer caso que trate sobre direitos econômicos sociais e culturais.

A Corte ampliou o modelo interpretativo, sob a perspectiva de que é necessária a proteção dos direitos sociais, sem necessariamente ser preciso se valer de qualquer artimanha jurídica para reconhecer a violação destes direitos de forma autônoma.

A sentença do caso Poblete Vilches vs. Chile evidencia uma mudança no paradigma interpretativo utilizado pelo órgão julgador, ao se valer de uma análise direta de um direito não previsto na Convenção Americana, sinalizando a necessidade de reconhecer a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Nesse passo, considerando as características dos direitos humanos, a Sentença manifesta na necessidade de reconhecer a o caráter fundamental do direito à saúde diante da sua singularidade e previsão não só perante o sistema regional, mas no sistema global e na própria constituição do estado do Chile. Destarte, assegurando o caráter indispensável e fundamental do direito à saúde e seguindo uma interpretação evolutiva, a corte evidenciou a necessidade de assegurar a tutela da saúde levando em consideração o *corpo iuris* internacional. A decisão, notadamente, trouxe um novo olhar acerca da proteção do direito da saúde, com uma interpretação evolutiva dos direitos humanos, considerando não só a previsão gramatical, mas a ampla tutela do direito à saúde.

6. Referências

BEZERRA, Italla Maria Pinheiro; SORPRESO, Isabel Cristina Esposito. **Conceitos de saúde e movimentos de promoção da saúde em busca da reorientação de práticas.** São Paulo, 2016. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822016000100002&lng=pt&nrm=iso>.Acesso em 18 fev. 2019. http://dx.doi.org/10.7322/jhgd.113709.

BRASIL, Decreto nº 678. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica**). Brasília, nov. 1969. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dez. de 1999**. Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. "protocolo de são salvador"**. Brasília, dez. 1999. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS DE SAÚDE. Disponível em <http://cmdss2011.org/site/wpcontent/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>. Acesso em 08 fev. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso **Poblete Vilches y Otros Vs. Chile.** 2018. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. 2018>. Acesso em 18 fev. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas**. São Paulo, 2002. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_justicializacao_sip_oea.pdf>. Acesso em: 27 set. 2018.

PIOVESAN, Flávia**. Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. Ed. São Paulo. 2013.

RESENDE, Augusto César Leite de. **A tutela jurisdicional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a corte interamericana de direitos humanos**.1 ed. Belo Horizonte: fórum, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>. Acesso em: 04 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista Doutrina TRF4, Salvador: 2007. Disponível em:<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 28 jan. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

World trade organization and the anti-corruption principle

Glenyo Cristiano Rocha[501]
Universidade de Coimbra

Summary: 1. Introduction. 2. Anti-Corruption Principle. 3. Anti-Corruption Agreement. 4. Final Considerations. References.

1. Introduction

Through regulation in some of its agreements, the World Trade Organization (WTO) has been making efforts to fight corruption. However, these efforts are made in a timid manner, ancillary to the main issues of the agreements, and occur almost involuntarily, or as a side effect of a regulation that seeks different objectives.

Two pertinent examples are the Trade Facilitation Agreement and the Agreement on Government Procurement. The first one does not address corruption directly, while the latter does so briefly, limited to the scope established by the object of the agreement.

Corruption is not only a moral issue, but it is also an economic one.Corruption adds costs to international trade.It also limits trade liberalization, therefore going against the organization's objectives.[502]

Moreover, contracts awarded for corrupt reasons have other negative impacts, such aspreventingthe participation offoreign suppliers and the creation of distortions in international trade.[503]

The influence of the WTOon international trade is undeniable. The agreements implemented, administrated, and operated by the organization provide an effective way of generating uniformity and reach many countries.

---

[501] Ph.D. studentatthe Universidade de Coimbra, Portugal. LL.M. graduate in Maritime Law at the Universiteteti Oslo, Norway. Master in Economic and Social Environmental Law at the PontifíciaUniversidadeCatólica do Paraná (PUC/PR), Brazil. Postgraduate in Business Contract Law at the Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Brazil. Bachelor in Law at the Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Lawyer in Brazil and Portugal. E-mail address: glenyo@gmail.com

[502]SCHEFER, Krista Nadakavukaren. Corruption and the WTO Legal System. In: Journal of World Trade 43, 2009. p. 739.

[503]ARROWSMITH, Sue. Transparency in Government Procurement: The Objectives of Regulation and the Boundaries of the World Trade Organization. In: Journal of World Trade 37, 2003. p. 301.

Regarding the fight against corruption, actions could bemuch more incisive and explicit, initiating a strong movement aiming for public administration probity and theeliminationof corrupt behaviors.

Given its established presence in international trade operations, the WTO could create an agreement dealing exclusively with this subject, or insert an anti-corruption principle in some of its agreements, propagating its values worldwide.

2. Anti-corruption principle

A proposal for ananticorruption principle based upon that embedded withinthe Constitution of the United States of America was well developed by legal expert Zephyr Teachout, but her conclusions are also applicable analogously to general situations.

In her work entitled "The Anti-Corruption Principle,"[504] the author presents five modern concepts of corruption, and theorizeswhata modern anti-corruption principle would be.

The first form of corruption is corruption as criminal bribery and political illegality, in which a public officialtakes money in exchange for a political act. In extremecases,this results in apoliticalsystemset up in the form of amarketin which different actions are up for sale.

The second formismanifested through inequality, wherethere is unequal access and unfair deployment of wealth for political purposes, as well as undue influence. Inequality, in this scenario, conveys the power to distort, to turnpublicspeech into something corrupt and no longer public.

The third concept, also related to inequality,leads tothe suppression of speech and the unfair magnification of certain privileged voices, which can become so loud that competing voicescan be completely silenced.

The fourth comes in the form ofadispirited public, who, faced withthe increasing occurrence of corruption, come to believe that efforts to combat the problems of society are futile. The result is an indifferent and passive citizenry.

Finally, the last concept of corruption presented by the author is the loss of political integrity, generalmoral failure, and the subversion of the political process. Elected officialscanbe influenced to act contrary to the obligations and interests they should protect, seeking financial gain for themselves or their campaigns.

A proposal to include an anti-corruption principle within the WTO's framework has the undoubted potential for dealing with all these forms of corruptiontovarying degrees of intensity.

[504]TEACHOUT, Zephyr. The Anti-Corruption Principle. In: Cornell Law Review, Volume 94, 2009. P. 341-413.

Beyond improving the operations and reducing the costs of international trade, since there would be no added costs of bribery and obtaining undue advantages, the social importance would be immensurable.

Certainly this battle would not finish with the WTO, as any effort to curtail corruption is also dependent on the internal initiatives of the government of each country. However, the commitment of countries to an anti-corruption principle, even if only regarding their international trade operations, would be a way of initiating a movement of change that would autonomously have a huge social impact.

The adoption of an anti-corruption principle would be a crucial first step leading to greater practical engagement in the fight against corruption, as it would be present in the concerned rules and in their effective implementation. It would also serve as a way of assisting in the interpretation of all other provisions, beyond a mere textual interpretation, since it would be present in the structure of the whole system.

It would not be possible to specify the content or the exact words that should be used to formalize the principle, as it would depend heavily on the discussions and negotiations conducted by the WTO.

Nonetheless, the approach in this aspect could lead either to a more specific and concrete principle in its construction, avoiding the lack of effectiveness by imprecision of the scope of its application, or to a more abstract principle, with deeper values, aiming at a wide application in every aspect of international trade.

Both possibilities are important, and perhaps the ideal construction may reside in an intermediate point, which contains elements that allow the existence of both of these approaches, harmoniously.

3. Anti-corruption agreement

As envisioned, the efforts of the WTO to create an anti-corruption principle could positively affect international trade and the countries involved.

Existing contributions concentrate on reducing the ability of the agents involved in international trade exchanges to benefit illegally, as well as avoiding information distortions about the existing regulations. The emphasis has been on providing reliable information regarding the existing level of barriers, so the parties involved would be able to resist demands for extra payments.[505]

[505]SCHEFER, Krista Nadakavukaren. Corruption and the WTO Legal System. In: Journal of World Trade 43, 2009. p. 763.

At first, the mere existence of an anti-corruption principle would already have a great relevance and would represent some kind of deterrent effect, even in an agreement not dedicated directly to that purpose. The bigger question would be whether an agreement specifically dedicated to this theme is indispensable or not.

Several approaches can be brought to the defense of a potential anti-corruption agreement, with the goal of expanding the ways in which corruption can be resisted.

Ideally, the agreement would contain explicit definitions of the anti-corruption principle. In the sequence, other provisions could reinforce the practical applicability of the principle rather than proposing it in a merely abstract form.

Creating operable rules of government transparency, for example, and implementing effective anti-corruption mechanisms would transform what might otherwise be merely rhetorical into something substantial.

One way to avoid corruption is to increase the investigation of cases and impose fines, increasing the cost of corruption to a level where it is definitively no longer advantageous.

This would require a double effort. Corruption often happens through combined actions, in which someone offers and someone receives a bribery payment. In countries where corruption is deeply rooted, as an intrinsic part of procedures inherent to trade operations, fines would only result in increased costs.

It is necessary for countries to adopt measures that ensure that correct and corruption-free procedures are the rule, giving meaning to the punishment of infractions. These fines would have to be proportionate so they would not become part of the cost of corruption.

Another factor that could be addressed is the criminalization of corrupt behaviour in international trade, but that would depend on the sovereign legislative activity of each country.

The agreement could also provide ways to formalize allegations of corruption and the procedures to which the accused would be subject, establishing frame works for fair procedures, with the aim of producing results with practical effects rather than being forgotten and deprived of any kind of effectiveness after some time.

Legal scholar Christine Dryden made a proposal for a possible new anti-corruption agreement negotiated at the WTO.[506]The author proposes that states would be the only ones with standing to sue and be sued. Noncompliance with the requirements of the agreement could occur in a variety of ways, such as a state addressing most foreign bribery allegations, or with the inadequate provision of enforcement resources, among other possibilities, also depending on the

[506]DRYDEN, Christine E. Exploring the Promise and Potential of a WTO Anti-Corruption Treaty. In: Law and Contemporary Problems 79, 2016. p. 262-270.

other substantive provisions. Any agreement would include a section dedicated to remedying corruption and solving cases of noncompliance.

The subject is not exhausted by a single potential agreement. It would be possible to address the matter through a ministerial decision or declaration, as well as a Trade Policy Review,[507] but these solutions are not perceived to have the same effectiveness and scope as an agreement.

4. Final considerations

To eradicate corruption, a deeper change is necessary, one that gets to the roots of the issue. A shift is necessary from the old mind set, in which bribery was not seen as a critical problem, in to a new culture without any room for corruption.

For these reasons, the creation of an agreement specifically against corruption would be of great importance, including the adoption of an anti-corruption principle that permeates all levels of international trade activities so that all operations would be carried out with a commitment to eradicating corruption.

Rather than suffocating and preventing the progression of corruption, it would remove its roots and prevent any form of development, in any stage of operations, at all decision-making levels.

Achieving this would bring advantages to the whole world and also specifically to international trade, in accordance with the objectives of the WTO.

It would be ingenuous, however, to believe that the text of an agreement of this magnitude would obtain consensus on its content, and find wide and easy acceptance. There are a number of issues that directly challenge the sovereignty of each country and will thus encounter obstacles at the national level, including that of political will.

What remains to be seen is the size of the social commitment and the efforts that the WTO would allocate for this purpose, because pursuing this path would require a great deal of commitment, but would yield great results.

5. References

ARROWSMITH, Sue. Transparency in Government Procurement: The Objectives of Regulation and the Boundaries of the World Trade Organization. In: Journal of World Trade 37, 2003.

DRYDEN, Christine E. Exploring the Promise and Potential of a WTO Anti-Corruption Treaty. In: Law and Contemporary Problems 79, 2016.

SCHEFER, Krista Nadakavukaren. Corruption and the WTO Legal System. In: Journal of World Trade 43, 2009.

[507]SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. KOTZIAS, Fernanda Vieira. O combate à corrupção no comércio internacional: desafios e perspectivas de uma regulamentação no âmbito da OMC. In: Meridiano 47 Journal of Global Studies, 17, 2016. p. 13.

SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. KOTZIAS, Fernanda Vieira. O combate à corrupção no comércio internacional: desafios e perspectivas de uma regulamentação no âmbito da OMC. In: Meridiano 47 Journal of Global Studies, 17, 2016.

TEACHOUT, Zephyr. The Anti-Corruption Principle. In: Cornell Law Review, Volume 94, 2009.

El arbitraje acelerado en el ámbito de la cnudmi

Expedited arbitration within the framework of uncitral

Marta Grande Sanz[508]
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Sumario. 1. Introducción. 2. Definición y forma del arbitraje acelerado. 3. Principales características del arbitraje acelerado. 4. Supuestos en que cabe aplicar un arbitraje acelerado. 5. Trabajos por desarrollar. 6. Conclusiones. 7. Referencias.

1. Introduccion

La mayor complejidad de los arbitrajes y el aumento de los plazos y del volumen de la documentación presentada hacen que los procedimientos arbitrales se parezcan cada vez más a los procesos judiciales peligrando así la primacía del arbitraje como medio preferido de resolución de controversias comerciales y una de sus ventajas frente a los procesos judiciales: su eficiencia. Por tanto, el futuro del arbitraje pasa por lograr un procedimiento arbitral más rápido, con menores costes y plazos más cortos para lograr incrementar su eficiencia sin poner en riesgo su calidad.

Conscientes de ello en febrero de 2018 EE.UU y Suiza plantearon una propuesta conjunta[509]a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) instando a trabajar sobre el arbitraje acelerado y el procedimiento decisorio rápido. Sin embargo, la CNUDMI prefirió analizar únicamente las cuestiones relativas al arbitraje acelerado cuyo interés crece en el ámbito del arbitraje internacional.

La propuesta citada sirvió para el desarrollo posterior de otra titulada "Arbitraje acelerado, árbitro de emergencia y aprobación de otros instrumentos para la eficiencia y la calidad del proceso arbitral"[510] que -sin ser una alternativa a la primera- pretendíamejorar algunos de los aspectos de mayor trascendencia práctica.Enjunio de 2018, la CNUDMI[511]encargó al Grupo de Trabajo II (en

[508] Doctora en Derecho y Licenciada en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid y Licenciada en Economía por la Universidad Nacional a Distancia. Abogada. E-mail: grande_sanz_marta@yahoo.es.

[509] CNUDMI, *Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversia) sobre la labor realizada en su 68º periodo de sesiones del 5 al 9 de febrero de 2018, Nueva York (A/CN.9/934).* Disponible en: https://bit.ly/2Ej63er. Acceso en: 18 de febrero de 2019.

[510] CNUDMI, *Informe de la CNUDMI sobre el 51º periodo de sesiones (25 de junio a 13 de julio de 2018, Nueva York (A/73/17),* párr. 244. Disponible en: https://bit.ly/2SHV07p Acceso en: 18 de febrero de 2019.

[511] CNUDMI, *Posible labor futura-Propuesta de los Gobiernos de España, Italia y Noruega: labor futura del Grupo de Trabajo II. (A/CN.9/959).* Disponible en: https://bit.ly/2EhOrzO Acceso en: 15 de febrero de 2019.

adelante, GT II) que elaborara una serie de instrumentos para mejorar el arbitraje como método de solución de las controversias comerciales internacionales ylograrel equilibrio entre la eficiencia y la calidad y, en particular, con relación al arbitraje acelerado[512].

2. Definición y forma del arbitraje acelerado

El arbitraje acelerado es una forma de arbitraje que se lleva a cabo en un plazo breve y a un costo reducido, agilizando y simplificando aspectos clave del procedimiento para llegar a una decisión definitiva sobre el fondo de la cuestión de manera eficaz. Muchas instituciones arbitrales ofrecen servicios de arbitraje aceleradopara sectores específicostales como el deporte, los productos básicos, los nombres de dominio o la construcción. Sin embargo, lo más frecuente es que su aplicación venga determinada por la complejidad y el valor de las reclamaciones[513].

Desde hace tiempo las instituciones arbitrales estudian cómo adaptar los procedimientos de arbitraje para reducir el tiempo y los costos asociados a los arbitrajes comerciales y de inversiones mediante: a) la aplicación estricta de susreglamentos de arbitraje prestando especial atención a aspectos tales como la eficiencia y la posible adaptación del procedimiento[514]; o b) la incorporación

[512] Para ello, utilizaremos como documento base: CNUDMI, *Solución de controversias comerciales. examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado. Nota de la Secretaría. 69º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo II, Nueva York, de 4 a 8 de febrero de 2019 (A/CN.9/WG.II/WP.207),Nueva York*. Disponible en: https://bit.ly/2GuBxk9 Acceso: 15 de febrero de 2019.
[513] Según nota 7 del A/CN.9/WG.II/WP.207, las Directrices de la Cámara de Comercio Internacional para el arbitraje de reclamaciones de poca cuantía (2003) https://bit.ly/2EgWRr5 y el Informe de la Comisión de la Cámara de Comercio Internacional sobre Control del Tiempo y de los Costos en el Arbitraje (Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje) 2ª ed., 2018 https://bit.ly/2V3AOcM. En el ámbito del arbitraje de inversiones, la "Propuesta de enmiendas a las Reglas del CIADI" de 2 de agosto de 2018 incluye un nuevo capítulo para el arbitraje expedito opcional (III. Reglas de Arbitraje del CIADI, cap. XII, reglas 68 a 79 y Mecanismo Complementario, VII. Anexo B, cap. XII, reglas 73 a 81 https://bit.ly/2vFo419).
[514] Según nota 8 del A/CN.9/WG.II/WP.207, casi todos los reglamentos de arbitraje de las instituciones y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se centran en la eficiencia y permiten que las partes adapten el procedimiento en función de las características del caso. Por ejemplo, los estudios de la London Courtof International Arbitration (LCIA) orientados a controlar el tiempo y los costos. El informe "Facts and figures -costs and duration: 2013-2016" https://bit.ly/2Gv72L1 muestra que la duración media de los casos hasta la emisión del laudo es de 16 meses y en los casos de hasta 1 millón de dólares, de 9 meses; el tiempo medio desde la última presentación hasta la adjudicación es de 3 meses. Sin embargo, el Reglamento de la LCIA no prevé el arbitraje acelerado (excepto en los arts. 9A y 9C, relativos a la constitución del tribunal arbitral).

de disposiciones sobre procedimientos acelerados en sus reglamentos de arbitraje[515][516][517] o en un conjunto de normas independiente[518].

3. Principales características del arbitraje acelerado

Los procedimientos de arbitraje acelerado suelen prever el nombramiento de un único árbitro con la intervención de la institución arbitral. Cuando el acuerdo de arbitraje sea contrario al nombramiento de un árbitro único, las instituciones arbitrales plantean distintas soluciones: a) entender que el arbitraje acelerado no cabe dado que las partes han acordado la intervención de más de un árbitro (regla 75.2.2, en el cap. VI del Reglamento de Arbitraje Comercial de la JCAA de 2015); b) instara las partes a que lleguen a un acuerdo sobre la designación de un único árbitro ya que sus normas no son obligatorias (Reglamento de Arbitraje Institucional del HKIAC de 2018 y las Reglas de Viena de 2018); o c) contemplar en sus reglamentos la posibilidad de imponer el nombramiento de un único árbitro (Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2017 y la Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de la CCI de octubre de 2017; Reglamento de Arbitraje del SIAC). En cualquier caso, los árbitros asignados a este tipo de procedimientos deben confirmar formalmente su disponibilidad al objeto de asegurar que presten tanto la atención debida al proceso comoque este se desarrolle con rapidez.

En los procedimientos de arbitraje acelerado se pretende reducir el tiempo y el costo. Para ello, se establecen plazos estrictos para ciertos actos procesales tales como: el nombramiento del tribunal arbitral, la presentación de escritos o la emisión del laudo arbitral[519]. En este sentido, el

---

515 El cap. VI del Reglamento de Arbitraje Comercial de la JCAA (2014); cap. VII del Reglamento de Arbitraje del RussianArbitration Center (2017); art. 42 del Reglamento Suizo de Arbitraje International (2012); cap. IV del Reglamento de Arbitraje de la CIETAC (2015); regla 5 del Reglamento de Arbitraje del SIAC (2016); art. 42 del Reglamento de Arbitraje Institucional del HKIAC (2018); y el art. 45 del Reglamento del VIAC (2018) denominado "las Reglas de Viena".

516 Citadas en nota 9 del A/CN.9/WG.II/WP.207 las siguientes instituciones que han adoptado procedimientos acelerados: la Corte International de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE); la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas (SCAI); la China International Economic and TradeArbitrationCommission (CIETAC)- ArbitrationInstituteofthe China Chamberof International Commerce; el Singapure International Arbitration Centre (SOAC); el Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC); el Georgian International Arbitration Centre (GIAC); el Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD) de la American ArbitrationAssociation (AAA); el Australian Centre for International CommercialArbitration (ACICA), el German ArbitrationInstitute/Deutsche InstitutionfürSchiedsgerichtsbarkeite.V. (DIS); el Vienna International Arbitration Centre (VIAC); la JapanCommercialArbitrationAssociation (JCAA); el RussianArbitration Center at theRussianInstituteof Modern Arbitration; el Asian International Arbitration Centre (AIAC); y el Lagos Chamberof Commerce International Arbitration Centre (LACIAC).

517 Según nota 10 del A/CN.9/WG.II/WP.207, El art. 30 en relación con el anexo VI del Reglamento de Arbitraje de la CCI (2017); anexo III del Reglamento de Arbitraje de la LACIAC de 2016; y el anexo 4 del Reglamento de Arbitraje del DIC (2018).

518 La nota 12 del A/CN.9/WG.II/WP.207 menciona el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CCE (2017); el Reglamento de Arbitraje Acelerado del AIAC (FastTrackArbitration Rules) (2018); el Reglamento de Arbitraje Acelerado del ACICA (2016); y los Procedimientos expeditos internacionales del CIRD (2014).

519 Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI (2017), apéndice VI, art. 4.1 (seis meses a partir de la fecha de la conferencia sobre la conducción del procedimiento, a menos que la Corte prorrogue el plazo, lo que solo ocurre en circunstancias muy excepcionales); Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CCE (2017), art. 43 (tres meses contados

tribunal arbitral suele tener discrecionalidad para adoptar las medidas procesales que considere apropiadas al objeto de limitar el número, alcance y extensión de las presentaciones y de las pruebas escritas hasta llegar incluso a prohibir la presentación de documentos[520].

Además, se suele instar a los tribunales arbitrales para que, en una etapa temprana de las actuaciones, organicen una reunión sobre la gestión del caso al objeto de establecer un calendario procesal estricto y determinar las cuestiones a examinar. Sin embargo, en caso de nuevas demandas o reconvenciones[521] los tribunales arbitrales pueden tener que reevaluar la situación en función de cómo afecten al arbitraje acelerado y el riesgo que puedan representar para las debidas garantías procesales y para la equidad.

En los arbitrajes acelerados también varía la determinación de los hechos y la admisibilidad de la prueba por lo que la CNUDMI ha propuestoal GT II analizar sison preferibles[522] unas normas de arbitraje más estrictas y armonizadas sobre la producción de pruebas, sobre cómo evitar la presentación de una gran cantidad de documentos y de múltiples contrainterrogatorios de testigos y peritos a pesar de las diferentes tradiciones jurídicas de las partes que participen en un arbitraje internacional.

Así mismo, las instituciones arbitrales suelen sugerir que el laudo arbitral se adopte únicamente en base a documentos y que se limitela celebración de audiencias a:una audiencia breve[523]; ninguna; solo a aquellas que, solicitadas por las partes, se acuerden por el tribunal; o solo cuando se supere un determinado un umbral pecuniario mínimo.

Incluso se permite fundamentar los laudos arbitrales de forma resumida o no hacerlo a excepción de que las partes así lo solicitan antes de la recapitulación final; es decir, se atribuye a los tribunales arbitrales la facultad discrecional de resumir los fundamentos cuando las partes no han pactado que el laudo no se motive.

---

desde la fecha en que el caso fue remitido al árbitro); Reglamento de Arbitraje del SIAC (2016), regla 5.2 d) (seis meses a partir de la fecha de constitución del tribunal); Reglamento de Arbitraje Acelerado del ACICA (2016), art. 4.1 (cuatro meses a partir del nombramiento del árbitro de no interponerse una contrademanda o solicitarse una compensación); entre otros. Citados en Según nota 18 del A/CN.9/WG.II/WP.207.

[520] Según nota 20 del A/CN.9/WG.II/WP.207, el Reglamento de Arbitraje de la CCI (2017), apéndice VI, art. 3.4; Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de la CCI, párr. 88; y Reglamento de Arbitraje del DIS (2018), anexo 4, art. 3.

[521] Según nota 23 del A/CN.9/WG.II/WP.207, las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016), nota 1. por ejemplo, el art. 45.4 de las Reglas de Viena (2018), que dispone que las demandas de reconvención y las contrarreclamaciones solo pueden presentarse hasta el final del plazo de presentación de la contestación a la solicitud de arbitraje.

[522] Las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016), nota 13. Véanse también las Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, en que se ha procurado, a lo largo de los años lograr un enfoque más armonizado entre las diversas tradiciones jurídicas, y las Reglas sobre la Conducción Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional ("Reglas de Praga"), aprobadas recientemente. Citado en Según nota 24 del A/CN.9/WG.II/WP.207.

[523] Véanse, por ejemplo, los arts. 17, párr. 3, y 28, párr. 1, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en que se establece que las audiencias orales no son necesarias en todos los casos citados en nota 24 del A/CN.9/WG.II/WP.207.

4. Supuestos en que cabe aplicar un arbitraje acelerado

Algunas instituciones arbitrales han establecido un umbral económico para determinar cuándo cabe resolver una determinada controversia a través de un arbitraje acelerado. Sin embargo, no existe acuerdo entre las instituciones arbitrales sobre cuál ha de ser ese importe o qué debe tenerse por "una reclamación de poca cuantía"[524].En otros casos, se analiza la complejidad de la cuestión de manera que reclamaciones de gran cuantía,pero de escasa complejidad pueden resolverse mediante un arbitraje acelerado. No obstante, algunas instituciones arbitrales exigen a las partes que cooperen o que exista un acuerdo expreso al respecto, con independencia del valor de la reclamación.

En consecuencia, podría decirse que los procedimientos acelerados suelen emplearse cuando la complejidad y la naturaleza de la controversia permiten su resolución mediante un intercambio limitado de documentos escritos y sin la producción de demasiada prueba oral pero también cuando una parte lo solicite y la institución arbitral así lo acuerde en función de las características y circunstancias del caso (Reglamento de Arbitraje Institucional del HKIAC de 2018 art. 42 y Reglamento de Arbitraje del SIAC de 2016 regla 5.1.), si bien los reglamentos institucionales no son demasiado claros en este punto (Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2017 art. 30, párr. 3 c) y Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional de 2012art. 42, párr. 2).

En cualquier caso, las instituciones arbitrales han llegado a contemplar en sus reglamentos la posibilidad de dejar de utilizar un procedimiento acelerado cuando este no resulte conveniente porque, por ejemplo, la controversia resulte más compleja de lo previsto inicialmente o por una combinación de razones (Reglamento de Arbitraje del SIAC de 2016 regla 5.4.)

Un aspecto no menos importante es el hecho de que el arbitraje acelerado afecta auna serie de cuestiones procesales fundamentales –como el número de árbitros, la constitución del tribunal arbitral, las audiencias y deliberaciones o la emisión del laudo definitivo- que pueden suponer que, según el art. V.1)d) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, se deniegue el reconocimiento y ejecución del laudo por no ajustarse la composición del tribunal arbitral o el procedimiento a lo acordado por las partes; más aún cuando las partes no optaron por este tipo de procedimiento por lo que se recomienda

[524] El umbral de cuál sería el valor monetario varía según el reglamento: en el Reglamento de Arbitraje de la CCI (2017), apéndice VI: 2 millones de dólares de los EE. UU. (véase también la Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje, de la CCI, párr. 67 b) y párrs. 70 a 77; Procedimientos expeditos internacionales del CIRD: 250.000 dólares de los EE. UU.; Reglamento de Arbitraje del SIAC (2016): 6 millones de dólares de Singapur; Reglamento de Arbitraje Institucional del HKIAC (2018): 25 millones de dólares de Hong Kong. Citadas en nota 27 del A/CN.9/WG.II/WP.207.

8 Las Notas técnicas de la CNUDMI sobre solución de controversias en línea se refieren en el párr. 22 a "las controversias derivadas de operaciones transfronterizas de comercio electrónico de poca cuantía", sin definir el concepto de "poca cuantía".

que no solo quede registrado la posibilidad de someter la controversia a un arbitraje acelerado sino incluso la modalidad a aplicar.

En los arbitrajes acelerados, los tribunales arbitrales pueden verse tentados a negar la prórroga del plazo para presentar escritos o limitar su duración y número y provocar que las partes aleguen después que no pudieron defender su posición plenamente o que se ha vulnerado su derecho a un tratamiento equitativo. Por todo ello, la CNUDMI considera interesante analizar cómo puede lograrse un equilibrio entre el riesgo de posibles impugnaciones sobre la vulneración de las debidas garantías procesales y del trato equitativo y las herramientas de que disponen los árbitros para agilizar el procedimiento.

No obstante, la jurisprudencia sobre ejecución de laudos arbitrales en procedimientos de arbitraje acelerado es aún escasa dado que, por lo general, las partes están satisfechas con este tipo de procedimiento o son reacias a impugnar los laudos dictados por las sumas tan reducidas que hay en juego. A pesar de ello, los tribunales de ejecución han tratado de lograr un equilibrio entre las facultades y la discrecionalidad de los árbitros para aplicar las normas de procedimiento acelerado y dar efecto a la política de maximización de la duración y el costo de los procedimientos en que se basan esas normas y el respeto de las debidas garantías procesales y la exigencia de justicia[525].

5. Trabajos por desarrollar

El GT II podría elaborar un reglamento modelo, proporcionar información sobre cómo podría modificarse -incluso por las partes- el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, incorporar las disposiciones de aquel a los contratos mediante cláusulas de arbitraje que prevean procedimientos acelerados u ofrecer orientación a las instituciones arbitrales que adopten ese tipo de arbitraje para lograr un equilibrio entre la rápida resolución del proceso y el respeto de las garantías procesales.

También podría analizarse si la labor debe centrarse en establecer un marco internacional para el arbitraje acelerado y, en ese caso, cómo se articularía la labor de la CNUDMI con relación a otros instrumentos como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016), las Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea (2016).

[525] Véanse los siguientes casos: Tribunal de Apelación de Svea, caso núm. T6238-10, 24 de febrero de 2012; Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra, Travis Coal Restructured Holding v. Essar Global Fund (2014) EWHC 2510 (Comm), 24 de julio de 2014; Tribunal Popular Intermedio núm. 1 de Shanghái, Noble Resources International Pte. Ltd. v. ShanghaiXintai International Trade Co. Ltd. (2016), 11 de agosto de 2017. Citados en nota 35 del A/CN.9/WG.II/WP.207.

O cómo establecer los asuntos a tratar y si estos deberían limitarse al arbitraje acelerado o incluir el examen de otras cuestiones o incluso analizar los problemas que puede plantear la ejecución de las decisiones adoptadas en el marco de este tipo de arbitrajes.

Una posibilidad sería modificar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[526]:

a) Como regla supletoria prevé la intervención de tres árbitros. En la revisión de 2010 se examinó esta regla proponiendo que para regular la accesibilidad del arbitraje y reducir sus costes deberían hacerse recomendaciones orientativas sobre cómo utilizar el Reglamento en casos de demandas de bajo importe o cuando las partes hayan acordado nombrar un solo árbitro.

b) En cuanto a los mecanismos de nombramiento previstos, las partes son responsables de nombrar a los árbitros, con la asistencia de las autoridades nominadoras cuando el nombramiento sea problemático. La facultad de la autoridad nominadora de constituir el tribunal arbitral con arreglo al artículo 10 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se ha formulado en términos generales para abarcar todos los casos en que no fuera posible constituir el tribunal arbitral (véase A/CN.9/619, párr. 88). El Grupo de Trabajo podría examinar cómo se aplicarían esos procedimientos en los casos de arbitraje acelerado.

c) Al igual que en los procedimientos de arbitraje acelerado, los árbitros deben confirmar formalmente que pueden dedicar tiempo suficiente a asegurar que el proceso arbitral se sustancie con celeridad.

d) Se simplifican los plazos y el art. 17 otorga amplias facultades discrecionales para fijarlos, según las características del caso. En la revisión de 2010, el GT convino que el tribunal arbitral tuviera facultades para modificar los plazos prescritos en el Reglamento, pero no para alterar los plazos generales que pudieran haber establecido las partes en sus acuerdos, sin una consulta previa con estas. No sería viable fijar una duración máxima del procedimiento cuando revisara el Reglamento dado su carácter genérico y que ninguna institución se ocupara de las posibles prórrogas del plazo. En vez de imponer un plazo arbitrario, se ha mantenido la flexibilidad con un principio general según el cual la emisión de un laudo no debe demorarse indebidamente.

Las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016) se insta a celebrar reuniones de gestión del caso donde las partes y el tribunal arbitral puedan establecer plazos estrictos para las etapas procesales y un procedimiento eficiente en función del costo para el arbitraje. Sin embargo, las Notas no indican cómo los tribunales arbitrales y las partes pueden adaptar el procedimiento a las circunstancias particulares del caso dentro del marco establecido por el reglamento de arbitraje.

---

526 CNUDMI, *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010),* Nueva York, 2011. Disponible en: https://bit.ly/2xS9x5U Acceso: 10 de febrero de 2019.

e) El Reglamento permite que el demandante o demandado deciden tratar la notificación del arbitraje o la respuesta a esta como un escrito de demanda o de contestación de manera que una parte no necesita presentar un escrito de demanda o de contestación si considera que su notificación del arbitraje o su respuesta a esta ya cumple esa finalidad.

f) Se prevé la posibilidad de que no sea necesario celebrar una audiencia para el caso.

g) Y las partes pueden convenir en que el tribunal arbitral no motive su laudo.

Otra opción sería establecer el marco normativo necesario a partir de una serie de directrices dadas a las partes sobre cómo adaptar el Reglamento al arbitraje acelerado de manera que el arbitraje acelerado estaría basado principalmente en le acuerdo de las partes salvo que esa adaptación se deje en manos de las instituciones arbitrales. Pero también cabe que sean precisamente las instituciones arbitrales las que reciban esas directrices y, en especial, aquellas que han adoptado el Reglamento como institución arbitral.

También interesante asesorar a los usuarios y a los propios tribunales arbitrales que actúen en arbitrajes acelerados para encontrar soluciones innovadoras dentro de los límites que impone el respeto de las garantías procesales como la facilitación de los arreglos de las controversias y la realización de una evaluación temprana que fuera neutral.

Así mismo, se podrían examinar los elementos que harían más eficiente el arbitraje y, en concreto, cómo y cuándo aplicar un procedimiento acelerado o volver a utilizar el procedimiento normal y sobre técnicas de gestión de casos.

6. Conclusiones

A lo largo de los próximos años en el seno de la CNUDMI se desarrollará un análisis y estudio exhaustivo del arbitraje acelerado al objeto de ofrecer un nuevo instrumento a la comunidad internacional que permita perpetuar la primacía del arbitraje como método de resolución de conflictos mediante la reducción de costes y plazos al tiempo que se mantiene un equilibrio entre su eficiencia y su eficacia.

Con relación al arbitraje acelerado, en nuestra opinión, uno de los iniciativas más importantes a desarrollar en el ámbito de la CNUDMI sería dotar a las partes y a las instituciones arbitrales de una serie de pautas que permitan la modificación y adaptación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a este tipo de arbitrajes; especialmente, cuando el Reglamento -ya desde su revisión en 2010- incluye una serie de medidas dirigidas a potenciar la eficiencia de los procedimientos arbitrales sometidos al mismo.

7. Referencias

CNUDMI, *Informe de la CNUDMI sobre el 51º periodo de sesiones (25 de junio a 13 de julio de 2018, Nueva York (A/73/17),* párr. 244. Disponible en: https://bit.ly/2SHV07p Acceso en: 18 de febrero de 2019.

CNUDMI, *Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversia) sobre la labor realizada en su 68º periodo de sesiones del 5 al 9 de febrero de 2018, Nueva York (A/CN.9/934).* Disponible en: https://bit.ly/2Ej63er. Acceso en: 18 de febrero de 2019.

CNUDMI, *Posible labor futura-Propuesta de los Gobiernos de España, Italia y Noruega: labor futura del Grupo de Trabajo II. (A/CN.9/959).* Disponible en: https://bit.ly/2EhOrzO Acceso en: 15 de febrero de 2019.

CNUDMI, *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010),* Nueva York, 2011. Disponible en: https://bit.ly/2xS9x5U Acceso: 10 de febrero de 2019.

CNUDMI, *Solución de controversias comerciales. examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado. Nota de la Secretaría. 69º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo II, Nueva York, de 4 a 8 de febrero de 2019 (A/CN.9/WG.II/WP.207),Nueva York.* Disponible en: https://bit.ly/2GuBxk9 Acceso: 15 de febrero de 2019.

Overriding rules in international arbitration and the role of transnational public policy

Rebecca Paradellas Barrozo[527]
University of Coimbra

Summary: 1. Introduction. 2. Party autonomy and applicable rules in International Arbitration. 3. Mandatory rules. 4. Public policy and transnational public policy. 5. Application by International Arbitral Tribunals. 6. Final Considerations. 7. References.

1. Introduction

This paper discusses the application of some of the rules that limits the autonomy of the parties in international arbitration: the mandatory rules and public policy. After exploring what the doctrine and jurisprudence have been considering as mandatory rules and public policy rules, this work will focus on the transnational (or truly international) concept of public policy.

More and more, arbitral tribunals are bringing the concept of transnational public policy into the discussion of the cases and condemning the parties that violated transnational public policy rules during or after the contract negotiation. This comprise, for example, bribery contracts, corruption, contracts facilitating trafficking of drugs and so on.

After discussing the doctrinal and jurisprudential aspects of mandatory rules, public policy and transnational public policy, the last part of this paper will bring some case law exemplifying how the concept of transnational public policy was applied by arbitral tribunals.

2. Party autonomy and applicable rules in international arbitration

In International Arbitration, the parties are free to determine the applicable law or rules that shall prevail in their dispute. They can choose the law of a determined country, rules of arbitral institutions (such the International Chamber of Commerce) and international instruments to govern their obligations and rights. This autonomy of the parties in choosing a specific legal regime and procedural framework is positive since it allows them to have legal predictability in relation of their dispute[528].

[527] PhD Law student at University of Coimbra (Portugal). Email: rebeccaparadellas@gmail.com.
[528]LEW, Julian. **Transnational Public Policy**: Its Application and Effect by International Arbitration Tribunals: IX Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje. Madrid: Fundación Universitaria San Pablo CEU, pg. 6, 2018;

If the parties do not designate the rules applicable to the dispute, the arbitrators shall determine such rules. For instance, they can choose the law of the country where the arbitration takes place or the rules of the tribunal, if the arbitration occurs in such organization.

This autonomy, however, can be restrained if the law of the contract shocks with overriding rules of international arbitration. Below, will be discussed how it can occur before mandatory rules and public policy, especially with transnational public policy rules.

3. Mandatory rules

In some circumstances, arbitrators will not follow the rules chosen by the parties to comply with mandatory rules[529] or public policy rules (that will be seen in the next section), which they cannot derogate[530].

The article 9 of Rome I Regulation (2008) defines mandatory rules as:

> provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.

According to Julian Lew, mandatory rules are "those with an imperative nature, that have political, social, or economic characteristics deemed intrinsic by the enacting state or an international organization, and thus demand direct application regardless of the otherwise applicable law or rules of law"[531]. The mandatory rules can belong to the *lex causae* or the *lex loci arbitri*, but can also be from a law of a third country or rules of international organizations such the United Nations or the European Union.

Although international arbitrators are not bound to any sovereign State and have no *lex fori* in the conventional sense, it is widely accepted that they are supposed to respect the mandatory rules of the place where the arbitration occurs. If the arbitral tribunal do not comply with these mandatory rules, it can be a ground for the refusal of recognition or enforcement of an arbitral award by State Courts[532].

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, pg. 415, 2003.

[529] mandatory rules are also known as *lois de police* according to Fouchard and Gaillard in FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

[530] PRYLES, Michael. Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure. **Journal of International Arbitration**, vol.24, Issue 3, pp. 327–339, 2007, p.330.

[531]LEW, Julian. 2018, p10.

[532] Ibid, p 11.

The mandatory rules of a third country can eventually be considered by arbitrators when there is a connection of a third country with the case[533]. Although this is rarely applicable, the arbitral tribunal may consider the mandatory rules of the country where the recognition or enforcement of the award is to be sought, for the same reason explained in the last paragraph.

So, if some provisions are crucial for safeguarding the public interest of a country, the arbitrator must apply these provisions even if the law chosen by the parties or the law of the country where the arbitration occurs will not be applied. For example, some Dutch health and safety rules must be applied always if work in construction sites in the Netherland is performed, even if the employer and employees are from a different country other than the Netherland. Minimum wage, health and safety laws are topics often considered as mandatory rules in some countries.

At last, there are mandatory rules originated from the international legal order. These rules are created "not by a State acting alone, but rather through international conventions or like instruments"[534].International mandatory rules aim to protect a wide range of interests, such as economic; monetary; commercial; and people´s welfare.

In the next session will be discussed the theme of public policies, another type of rules that limit the autonomy of the parties in arbitral proceedings. According to Julian Lew, mandatory rules and public policy differ on the national level. Both concepts "operate to hinder or preclude the application of the otherwise applicable rule. However, mandatory rules are designed to achieve a *certain* policy or purpose; public policy is a broader concept that comprises fundamental values of the state"[535].

Fouchard and Gaillard, on the other hand, say that sometimes these concepts are not well delimited by the doctrine. Some rules (such as corruption and customs offences) are used as examples of the application of both international public policy and mandatory rules[536]. The authors emphasize, however, that in mandatory rules, "the emphasis is thus not so much on the moral value of the rule" (as in public policy), but "on the strength of the legislator's intention and the closeness of the objective connections between the rule and the situation in dispute"[537]. That is, there are consequences of the rule´s application or nonapplication.

---

533 BLESSING, Marc. Mandatory Rules of Law Versus Party Autonomy in International Arbitration, **Journal of International Arbitration**, vol 14, Issue 4, pp. 23-40, 1997, p. 32

534BERMANN, George A. Mandatory Rules of Law in International Arbitration, in Franco Ferrari & Stefan Kroll (eds), **Conflict of Laws in International Arbitration**. Munich: Sellier, pp.325-340, 2011, p. 336

535 LEW, Julian. 2018, p. 17

536 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. 1999, p. 851

537 Ibid p. 852

3. Public policy and transnational public policy

The public policy is usually related to national legal systems, since it aims to safeguard the basic moral of a nation and a state's most fundamental interests[538]. It includes important values of justice, morality, social and economic safety, which inspire or determine the content and scope of its legal rules.

According to Rui Moura Ramos, public policy is "the set of principles which, by their special situation in a legal system, constitute the framework of all its normative building, its essential foundations"[539]. This is why it is usual to exist a correspondence between some constitutional rules and public policies values. The public policy, therefore, is the *ultima ratio* in a legal system, the limit beyond which the tolerance to the foreign laws ceases[540].

Public policy rules include both positive norms and general principles. It is manifested as written or non-written laws, but which can be apprehended by the interpreter of the law as a fundamental value of public policy[541].

The public policy is also not immutable[542]. It varies in time according to the principles, values and needs felt by a certain society, what can change over the years. It also varies from one country to another. Certain values can be considered as public policy in one country and region and not be considered in another one. This concept changes according to the evolution of social phenomena within each region[543]. Because of it, some authors consider the public policy as a chameleon, an animal of many colors[544].

As will be discussed in the next pages, public policy can be categorized in three different groups: the domestic public policy; the international public policy; and the transnational public policy[545].

The domestic and international public policy are both related to a local legal order. The international public policy of a certain State "is the expression of the national public policy of that

---

[538]DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 350

[539]Translatedbytheauthor. RAMOS, Rui G.M. **Direito Internacional Privado e Constituição**. Introdução a uma análise das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p.216. Original texto: "reconduzindo-se esta figura (a ordem pública internacional) àquele conjunto de princípios que pela sua especial situação num ordenamento jurídico constituem como que as traves-mestras onde assenta todo o edifício normativo, os seus fundamentos essenciais, não poderiam em caso algum os seus contornos ser diferentes-antes tendo que espelhar-àquilo que na comunidade jurídica respectiva se entende formarem as raízes últimas do viver coletivo."

[540] Ibid.

[541] BARROCAS, Manuel P. **Manual de arbitragem**, 2 ed. Coimbra: Almedina. 2013, p. 452

[542]DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**. Tese de concurso. 1979, p.10

[543] DOLINGER, Jacob. 1997, p. 352

[544] DUTOIT, Bernard. **L'ordre public**: camaleón du droit international privé. Lausanne: Mélanges Guy Flattet, 1985.

[545] Some authors also include the concept of "regional public policy", mainly related to a public policy within the European Union. See LEW, Julian. 2018, p. 21.

State when confronted with the legal order of other States"[546].It is not, however, all the rules of foreign law applied to the specific case that will be rejected, but only those rules that are contrary to the public policy of the State in which it is requested the annulment of an arbitral award or the recognition and confirmation of a foreign arbitral award.

The arbitral tribunal in World Duty Free v. Kenya(discussed below), declared regarding international public policy that "although this name suggests that it is in some way a supra-national principle, it is in fact no more than domestic public policy applied to foreign awards and its content and application remains subjective to each State"[547]

Owing to globalization and the interaction of diverse legal systems, the literature now includes a wider dimension of the public policy: the so-called transnational (or truly international) public policy[548]. The transnational public policy reflects fundamental principles and moral rules shared by the international community. As stated in the award of World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya, this concept means "an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora"[549].

Furthermore, the ILA Committee on International Commercial arbitration, defined it as "principles of universal application" – comprising "fundamental rules of natural law, principles of universal justice, jus cogens in public international law, and the general principles of morality accepted by what are referred to as 'civilized nations'"[550].

The transnational public policy has its source in different legal instruments, as "national laws, international treaties, general principles of law, the *lex mercatoria* and jus cogens norms of public international law". Additionally, "a scrutiny of comparative arbitral practice may be warranted as such practices certainly contribute to the development of transnational principles"[551].

The doctrine has identified some of the rules that have been considered as transnational public policy. Pierre Lalive, for instance, refers to the "good morals" in business (as the prohibition against bribery contracts and corrupt activities); the principle of good faith; prohibition against traffic of drugs; the protection of cultural goods and of environment; the prohibition against slavery

---

546 BARROCAS, Manuel P. 2013, p. 458. Original version: "é a expressão da ordem pública nacional desse Estado quando confrontada com a ordem jurídica de outros Estados".

547 World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, para. 138.

548 This terminology was created by Pierre Lalive, inTransnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, in Pieter Sanders (ed.), **Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration**, ICCA Congress Series n.3, Kluwer LawInternational, pp. 257-318, 1987, p. 295; As well observed by Julian Lew (2018, p. 22), transnational public policy is "the term used to express such universal standards and accepted norms, in the arbitration literature and comparative arbitral practice, is either transnational public policy or international public policy. However, given that the term international public policy equally denotes to those fundamental domestic norms of the State concerned, one finds the term transnational public policy more accurate".

549 World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, para.139.

550 International Law Association. **Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards**, 2002

551 LEW, Julian. 2018, p. 28.

and the respect of human rights[552]. It is usually added to this list some fundamental principles of procedure, as the principle of adversarial proceedings and the equality of arms[553].

In this regard, in the case Kuwait Airways v. Iraqi Airways, of 2001, the UK House of Lords acknowledged the development of transnational public policy. The court stated that principles of transnational public policy "have been developed in relation to subjects such as traffic in drugs, traffic in weapons, terrorism, and so forth[554]".

To a principle be acknowledged as a transnational public policy, it does not need to be recognized to every single nation in the world, but must to be widely accepted by the international community[555]. About that, the French Court of Appeal declared that "the security of international commercial and financial relations requires the recognition of a public policy which is, if not universal, at least common to the various legal systems"[556].

4. Application by international arbitral tribunals

Even though there are several principles acknowledged as transnational public policy, the prohibition against bribery and corruption appears to be one of the most accepted and discussed in arbitral tribunals[557]. This section will be dedicated to expose some of these cases.

One of the first arbitration cases dealing with corruption is the ICC Case n. 1110 of 1963[558]. Here, the claimant, an Argentinean engineer, and the respondent, a British company trading in Argentine, have reached an agreement in which the claimant was to help the respondent obtain a public works contract in Argentine, due to the respondent's influence in governmental circles. He was supposed to pay to the claimant a commission of 10% of the value of the contract, but the respondent refused to pay the commission. Then, the parties agreed to refer their dispute to arbitration at ICC with a sole arbitrator.

Although the parties confirmed that the contract was effective and binding, the arbitrator declined jurisdiction since he believed that the instrument was invalid and unenforceable because it violated a principle of transnational public policy. The arbitrator stated that:

---

552 LALIVE, Pierre.1987; Also see GAILLARD, Emmanuel. **Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international**. Les livres de pochede L'academie de droit international de la Haye,Vol. 329,2007, p. 183; RACINE, Jean-Baptiste. **L'arbitrage comercial international et l'ordre public**. Paris: LGDJ, 1999, p. 416; PINHEIRO, Luís de Lima. Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa. **RevistaInternacional de Arbitragem e Conciliação**, Lisboa, n.5, pp.121-148, 2012,p.129-131.

553PINHEIRO, Luís de Lima. 2012, p. 131; PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional**. A Determinação do Estatuto da Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005, paragraph 39 and 45.

554 See Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company et. al. 2001, reproduced in LEW, Julian. 2018.

555LEW, Julian. 2018, p. 22-23; FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold, 1999, p. 853

556 See Comite de defense des actionnaires de la Banque ottomane et autres v. Banque ottomane et autres, in LALIVE, Pierre. 1987, p. 276-277.

557 LEW, Julian. 2018, p. 45-46

558 See ICC Court Case No. 1110 of 1963, Award partially published in LEW, Julian. 2018, p. 45 ss.

> such corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations […] a case like this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in Argentine or in France or, for that matter, in any other civilized country, nor in any arbitral tribunal.

The decision was considered as ahead of its time and clarified the duty of arbitration courts to deal with issues of transnational public policy.

In 1982, there was a case at ICC, the case n. 3916[559], that was inspired by the one referred before. In this case, a dispute arose between a company that held a contract in a developing country and an intermediary, which requested the company the agreed commissions by the act of bribes. The arbitral court found that it had jurisdiction and dismissed the claim on ground of transnational public policy, since the claimant used its influence to dictate "with whom State A would conclude a contract"[560]. About its jurisdiction and transnational public policy claims, the court stated that:

> Since, as we know, international arbitration has become "the ordinary and normal means" to settle international commercial disputes, the function of the arbitrator is not any more (as the decision of arbitrator Lagergren in 1963 could lead us to suppose) that of declaring that the request for arbitration filed by claimant (for fees) is admissible or non-admissible according to the degree of contractual morality of the latter (a little as in a clean-hands doctrine). The protection of the superior interest of the international community seems much more to urge the arbitrator not to renounce jurisdiction over the merits of the case and examine whether the contract complies with transnational public policy[561].

At last, in the famous ICSID case of World Duty Free v. Kenya[562], the investor (World Duty free) started an arbitration proceeding against the Republic of Kenya for expropriation of a contract to operate duty free concessions at Kenya's airports. Kenya affirmed that the agreement alleged by the investor was made though a payment of a bribe of US$ 2 million to the then President of Kenya. The World Duty free denied the allegation and said that they only made a donation, a routine and cultural practice at that time for those who were going to do business in Kenya.

The arbitral tribunal stated that the payments made could not be considered as personal donations for public purposes (like the gifts that are often offered as protocol during visits to heads of State), the US$ 2 million was paid aiming at obtaining the President's acceptance to the contract of investment. Also, the tribunal affirmed that corruption, even if a common practice in a specific State, does not change the legal consequences of its prohibition. The tribunal dismissed the claim and based its decision on transnational public policy grounds:

---

[559] See ICC Court Case No. 3916 of 1982, mentioned in LEW, Julian. 2018, p. 47 ss.
[560] ICC Court Case No. 3916 of 1982 mentioned in LEW, Julian. 2018, p. 47
[561] ICC Court Case No. 3916 of 1982 mentioned in LEW, Julian. 2018, p. 47 ss.
[562] World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, mentioned in LEW, Julian. 2018, p. 57 ss.

> The tribunal first distinguished between domestic, international and transnational public policy, as discussed above. It noted that transnational public policy signifies international consensus as to universal standards and norms of conduct applicable in all fora. Additionally, it was provided that such universal standards are derived from international conventions, comparative law and arbitral awards. Accordingly, in identifying the prohibition against bribery as a principle of transnational public policy, the arbitral tribunal referred to numerous conventions concluded to combat bribery, decision of national courts, and arbitral awards[563].

6. Final considerations

We can conclude that, despite overriding clauses still embraces nebulous concepts the study of transnational public policy and mandatory rules in the international context are growing and gaining more palpable concepts. The most part of the doctrine, for example, agrees that practices of corruption, drug trafficking and slavery are violations of transnational public policy. The establishment of concepts is being reflected in the arbitral practice, so tribunals are gaining more confidence in applying or not such exceptions.

Apart from those cases which the parties use those exceptions with the motivation of taking advantage of the ambiguous nature of public policy, we consider that it is important that arbitrators sustain universal values in arbitration proceedings as a way to set guidelines for an international legality and the protection of the most important values of ethics, human rights and due process.

7. References

BARROCAS, Manuel P. **Manual de arbitragem**, 2 ed. Coimbra: Almedina. 2013.

BLESSING, Marc. Mandatory Rules of Law Versus Party Autonomy in International Arbitration, **Journal of International Arbitration**, vol 14, Issue 4, pp. 23-40, 1997.

DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**. Tese de concurso. 1979.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DUTOIT, Bernard. **L'ordre public**: camaleón du droit international privé. Lausanne: Mélanges Guy Flattet, 1985.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. **Aspects philosophiques du droit de l'arbitrageinternational**. Les livres de poche de L'academie de droitinternational de la Haye, Vol. 329, 2007.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards**, 2002

LALIVE, Pierre. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, in Pieter Sanders (ed.), **Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration**, ICCA Congress Series n.3, Kluwer Law International, pp. 257-318, 1987

[563]LEW, Julian. 2018, p. 58.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration.** The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LEW, Julian. **Transnational Public Policy**: Its Application and Effect by International Arbitration Tribunals: IX ConferenciaInternacional Hugo Grocio de Arbitraje. Madrid: FundaciónUniversitaria San Pablo CEU, 2018;

PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional**. A Determinação do Estatuto da Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Lisboa, n.5, pp.121-148, 2012.

PRYLES, Michael. Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure. **Journal of International Arbitration**, vol.24, Issue 3, pp. 327–339, 2007.

RACINE, Jean-Baptiste. **L'arbitrage commercial international et l'ordre public**. Paris: LGDJ, 1999.

RAMOS, Rui G.M. **Direito Internacional Privado e Constituição**. Introdução a uma análise das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1979

Imposto sobre Produtos Industrializados e sua aplicação para a sustentabilidade ambiental

Tax over Industrialized Products and its application for the environmental sustainability

Luiza Nagib[564]
PUC-SP

Thaís Cíntia Cárnio[565]
Mackenzie

Sumário: Introdução. 1. Elementos formadores do IPI. 2. Extrafiscalidade e fundamentação constitucional. 3. Princípio da seletividade: essencialidade. 4. A utilização do IPI para proteção ao meio ambiente. Considerações finais. Referências.

Introdução

O normativo que determina as esferas de competência para a criação de tributos no sistema jurídico brasileiro é a constituição federal. É a Carta Magna que dispõe sobre cada uma das pessoas jurídicas de direito público que têm a prerrogativa (e não a obrigatoriedade) de instituir determinados tributos em seus artigos 153 a 156.[566]

Especificamente o artigo 153, inciso IV, que fundamenta a criação do Imposto sobre Produtos Industrializados. O texto constitucional prossegue estabelecendo mais algumas características inerentes a esse tributo. Para a finalidade desse estudo, destacam-se as seguintes: o IPI deverá ser seletivo considerando a essencialidade do produto, ou seja, quanto mais relevante for o produto, menor deve ser a carga tributária. Não deverá ser cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas etapas produtivas anteriores. Ademais, não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.

Feita essa breve introdução, passa-se ao aprofundamento dos elementos formadores do IPI, que não são definidos na Carta Magna, e sim em legislação infraconstitucional específica.

[564]Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e professora nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na mesma universidade. E-mail:luizanagib@uol.com.br
[565]Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e professora nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: thais.carnio@gmail.com
[566] BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01 Fev 2019.

1. Elementos formadores do IPI

Objetivando esclarecer os critérios formadores do IPI, será detalhada a a regra matriz de incidência desse tributo. Segunda as lições de Paulo de Barros Carvalho, as normas efetivamente definidoras da existência do tributo, que descrevem os fatos e sujeitos da relação, bem como os termos determinativos da dívida são as chamadas normas-padrão de incidência ou regra-matriz de incidência tributária.[567]

Tais normas são compostas por por hipótese tributária (estruturada pelo critério material, critério temporal e critério espacial) e por consequente tributário (formado pela critério pessoal e critério quantitativo).[568]

Iniciando a análise pela hipótese tributária do IPI, serão estudados os critérios material, espacial e temporal.

O critério material refere-se à descrição do fato ocorrido no mundo material e que ensejará a incidência do tributo, quando verificados as demais variáveis da hipótese de incidência. Conforme mencionado anteriormente, o artigo 153, inciso IV, da Constituição Federal explicita que o IPI incidirá sobre as operações com produtos industrializados.

O Código Tributário Nacional esclarece que "considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo."[569]

O critério temporal define o momento em que se aperfeiçoa a conduta descrita no critério material. O art. 46, do Código Tributário Nacional identifica a incidência do imposto em voga no momento do desembaraço aduaneiro (quando produto de origem estrangeira), da sua saída dos estabelecimentos industriais, ou da arrematação (caso sejam bens apreendidos ou abandonados e levados a leilão.

O critério espacial expressa o local em que o fato deve ocorrer, a fim de que irradie os efeitos que lhe são característicos. Não há menção normativa expressa a esse respeito no caso do IPI, mas pode-se depreender implicitamente que se trata de todo o território nacional, por ser um tributo federal.

Uma vez verificada a hipótese tributária, haverá o resultado estabelecido no consequente tributário, composto pelos critérios pessoal e quantitativo.

---

[567] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 242-243.
[568] Nesse processo de aprofundamento, serão utilizados os conceitos ensinados por Paulo de Barros Carvalho e Lourival Vilanova (CARVALHO, Paulo de Barros. **Opus cit.**, p. 248 ss. e VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** 4.ed. São Paulo: Editora Noeses, 2010, p. 49 e ss.).
[569] BRASIL, República Federativa do. **Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em 01 Fev 2019.

O critério pessoal divide-se sujeito ativo, ocupante da posição credora do tributo; e passivo, ou seja, aquele obrigado ao pagamento do tributo. Por ser um tributo federal, o sujeito ativo do IPI é a própria União, enquanto o passivo variará conforme a conduta que descrita no critério material. Será o importador, caso o produto provenha do exterior; o industrial ou o comerciante, se fabricado localmente; ou o arrematante, na hipótese de ser bem leiloado.

O cálculo do valor a ser pago pelo sujeito passivo decorre do resultado obtido pela aplicação da alíquota à base de cálculo, ambas variáveis do critério quantitativo.

O artigo 47 do Código Tributário Nacional define como base de cálculo do IPI, que também variam conforme a conduta materialmente verificada: poderá ser o preço normal acrescido dos tributos e encargos alfandegários; o valor da operação de que decorrera a saída da mercadoria ou, na sua falta, o preço corrente da mercadoria ou seu similar no mercado atacadista; ou o preço da arrematação em leilão.[570]

Definida a base de cálculo, incidirá a alíquota aplicável conforme disposto na Tabela de Incidência do IPI, que variará de acordo com a essencialidade do produto industrializado.[571] Essa temática será aprofundada nos próximos itens desse trabalho.

Esclarecida a regra matriz de incidência do IPI, passa-se regra matriz de incidência do IPI, passa-se à análise do caráter extrafiscal dos tributos e a fundamentação desse fenômeno à luz da Constituição Federal.

2. Extrafiscalidade e fundamentação constitucional

Bem verdade que o motivo fundamental para a existência dos tributos é a arrecadação de recursos para que o Estado tenha condições de desenvolver suas funções, mas também existe a possibilidade de que sejam utilizados para outras finalidades, seja para motivar determinados comportamentos, seja para inibir certas condutas.

Nas palavras muito bem colocadas de Geraldo Ataliba:

> Consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados.[572]

Não necessariamente a extrafiscalidade será exteriorizada com a redução ou isenção de alíquotas. Há possibilidade de que ocorra justamente o contrário: um aumento da carga tributária

---

[570] Idem.

[571] BRASIL, República Federativa do. **Tabela de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/Anexo/AND8950.pdf Acesso em 01 Fev 2019.

[572] ATALIBA, Geraldo. **IPTU: progressividade.**São Paulo: Revista de Direito Público, v. 23, n. 93, jan./mar., 1990, p. 233.

com o intuito de inibir certas atitudes. É o que ocorre, por exemplo, com a adoção de altas alíquotas incidentes sobre a produção do cigarro.[573]

Importante salientar que a extrafiscalidade deve estar inserida no contexto legal para que possa produzir efeitos. O artigo 174 da Constituição Federal[574] suporta essa iniciativa, permitindo a intervenção estatal de forma indireta, fomento ou desmotivando comportamentos que se relacionem à atividade econômica, tendo como objetivo final o interesse público:

> 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. (Grifos da autora).

Embora a Carta Magna não pormenorize cada uma das formas de intervenção possível, o texto constitucional, em seu artigo 170, estabelece claramente os princípios que devem ser seguidos pela ordem econômica, dentre eles, a "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação".[575]Destaca-se especialmente essa previsão, vez que o foco deste estudo refere-se às interações possíveis entre o IPI e a preservação do meio ambiente.

Assim, observa-se que há fundamentação constitucional clara para a intervenção do Estado na ordem econômica, especialmente se há o intuito de preservação do meio ambiente, dentre outros propósitos igualmente nobres trazidos no texto da norma maior.

3. Princípio da seletividade: essencialidade

O IPI apresenta a característica da seletividade de alíquotas como uma garantia constitucional do contribuinte (artigo 153, §3º, inciso I). De acordo com este princípio, o IPI é seletivo em função da essencialidade do produto. O que significa dizer que o IPI possui variadas alíquotas em função da essencialidade do produto. Esse imposto onera os produtos supérfluos e beneficia os produtos mais essenciais.

---

[573] CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 29.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 108-109.

[574]BRASIL, República Federativa do. **Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em 01 Fev 2019.

[575]Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A seletividade de alíquotas no IPI é obrigatória, não se trata de mera faculdade do legislador, mas sim um dever. O dispositivo constitucional foi endereçado ao legislador ordinário, que deve estabelecer diversas alíquotas em razão da essencialidade dos produtos.

Resta entender o que seja essencial. Essencial é o indispensável, o necessário, o que é mais importante para o cidadão. Não se pode deixar de lado que esta essencialidade sofre graduações, daí porque considerar o mais essencial e o menos essencial. O essencial será o mais adequado para a vida do maior número de pessoas, sendo os produtos supérfluos consumidos por poucos, direcionados a poucas pessoas.

O texto constitucional indica alguns parâmetros para a identificação da essencialidade dos produtos quando dispõe, em seu artigo 7º, inciso IV, que o salário mínimo deverá atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, citando, por exemplo, a alimentação, a saúde, o vestuário, a higiene, etc. Assim, podemos tomar como parâmetro, para a escolha de produtos essenciais, o artigo 7º, inc. IV, que trata do salário mínimo. No entanto, o conceito de essencial pode ser ampliado de acordo com a época, região, ou outros fatores que influam na vida do cidadão.

Os produtos podem ser divididos em três grandes categorias, quais sejam: os produtos necessários, os úteis e os supérfluos. Os produtos necessários possuiriam alíquotas mais baixas, os produtos úteis, alíquotas moderadas e, finalmente, os produtos supérfluos, alíquotas mais altas. Note-se que haveria a necessidade de, no mínimo, três grandes grupos. Não se pode aceitar que esta garantia constitucional seja dada de forma diferente. Admitindo-se, eventualmente, uma interpretação extensiva e nunca uma interpretação restritiva.

A seletividade de alíquotas, ao levar em conta a essencialidade do produto, demonstra o seu valor social.

A variação das alíquotas – com base em disposição legal (princípio da legalidade em matéria tributária) – pode ser muito elástica, o que significa dizer que as alíquotas podem variar para mais ou para menos, podendo, inclusive, chegar a zero. Considerando que a tributação de produtos mais essenciais poderá ser baixa, ou ser eliminada quando a alíquota for igual a zero; por outro lado, produtos menos essenciais, ou supérfluos terão uma tributação mais elevada em virtude das alíquotas a serem aplicadas em cada caso concreto. Deixando-se claro que sempre haverá o respeito ao princípio da legalidade, pois a margem – mínimo e máximo – das alíquotas a serem utilizadas deverá estar prevista na legislação.

O texto constitucional, ao dispor sobre a alteração das alíquotas do IPI pelo Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei (artigo 153, § 1º), não exclui a aplicação do princípio da legalidade, mas somente o atenua. O princípio da legalidade permanece

na medida que a lei estabelece os limites das alíquotas a serem aplicadas para o IPI, cabendo ao Poder Executivo a escolha da alíquota para cada produto.

Eduardo Domingos Bottallo[576] adverte que o IPI tem sido utilizado como instrumento de ordenação político-econômica, qual seja, "Como é sabido, o IPI, até o advento da EC 18, de 1º.12.1965, era denominado 'imposto sobre consumo de mercadoria' (art.15, II, da CF de 1946). Todavia, em que pese a qualificação que passou a ostentar a partir de então, ele, sob a perspectiva econômica, preservou características muito mais voltadas para o consumo de bens do que para a sua produção industrial propriamente dita. "Daí por que, segundo tal égide, ele vem sendo utilizado como instrumento de ordenação político-econômica, seja favorecendo a realização de operações havidas por necessárias, úteis ou convenientes à sociedade, seja dificultando, por meio de incidências mais pesadas, a prática de outras, que não se mostrem capazes de ir ao encontro do interesse coletivo. "É por isso que, em algumas operações com produtos industrializados supérfluos, a alíquota há de ser extremamente elevada e, em outras, não deverá haver incidência, ou, então, esta somente poderá situar-se em patamares bastante modestos".

Aires Barreto[577] entende que "o termo seletividade identifica a aplicação prática do princípio constitucional da capacidade contributiva através da progressão de alíquotas. Ele sintetiza, no mesmo sentido, que o meio adequado para satisfazer este princípio está na diferenciação da alíquota, de acordo com prudente arbítrio na conceituação da essencialidade dos produtos".

É importante frisar que a tributação do IPI recai sobre o produto industrializado e não sobre o processo produtivo. Deste modo, a seletividade de alíquotas levará em conta o produto a ser tributado, o qual poderá ter alíquotas menores, por exemplo, se for menos poluente, ou feito com matérias-primas biodegradáveis, etc.; ou alíquotas maiores para produtos que, por si só, agridem o meio ambiente, a camada de ozônio, etc.

4. A utilização do IPI para proteção ao meio ambiente

Vale a pena citar o artigo 225 da Constituição Federal que estipula o direito a todos de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sua defesa. O artigo 225 dispõe: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". A extrafiscalidade do IPI poderá ser voltada para a proteção do meio ambiente, vez que a graduação das alíquotas e os incentivos podem ser

[576] **Fundamentos do IPI (imposto sobre produtos industrializados).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.62.
[577] *Apud* André de Souza Dantas Elali, **IPI aspectos práticos e teóricos**, Curitiba: Juruá, 2005, p.77.

direcionados para estimular a fabricação de produtos menos poluentes e desestimular os produtos mais poluentes, com matérias primas biodegradáveis, que não resultem riscos à camada de ozônio, ou que resulte da reciclagem de resíduos industriais, dejetos e semelhantes. Deste modo, a extrafiscalidade estará agindo diretamente no comportamento do industrial, induzindo-o a estabelecer procedimentos produtivos e/ou produtos ecologicamente corretos.

A ideia de utilização da seletividade de alíquotas do IPI para proteção do meio ambiente vem crescendo nos últimos tempos, o que demonstra certa preocupação dos estudiosos da matéria no sentido de desenvolver uma legislação tributária voltada ao meio ambiente.

Interessante notar alguns exemplos do uso extrafiscal do IPI na proteção do meio ambiente. Flávio de Azambuja Berti[578] exemplifica algumas possibilidades de proteção do meio ambiente pela aplicação da extraficalidade do IPI, qual seja: "pense-se num ramo de atividade industrial altamente poluidor de nascentes de água e de todos os ecossistemas que estejam à volta do(s) parque(s) fabril(is). Não seria tão absurdo pensar em medidas de estímulo a mudanças do processo de produção que implicassem redução dos efeitos danosos ao meio ambiente (água, ar, solo) mediante, por exemplo, a criação de créditos presumidos do imposto e de diferimentos para o pagamento do mesmo nos casos de empresas que adquirissem novas máquinas e equipamentos e adotassem novas tecnologias que estivessem de acordo com tal política; poder-se-ia pensar também numa tributação progressiva de acordo com os danos diretos ou indiretos causados ao meio ambiente como, por exemplo, alíquotas maiores para automóveis responsáveis pela emissão de um maior número de partículas poluidoras por cada quilômetro rodado; ou ainda, alíquotas menores do imposto em relação aos veículos mais econômicos que consumissem menos combustível e, portanto, implicassem menor devastação do solo e de áreas produtoras do combustível, seja álcool, seja gasolina". Vale a pena lembrar o Decreto Federal n.755/93 que estabeleceu diferentes alíquotas do IPI para veículos movidos a gasolina (25% ou 30%) e para veículos movidos a álcool (20% ou 25%), embora referido Decreto Federal tivesse como objetivo a diminuição da importação do petróleo, acabou por melhorar os níveis de poluição atmosférica.

É importante salientar que a extrafiscalidade do IPI aplicada ao meio ambiente não se traduz em uma sanção[579] aplicada ao contribuinte, mas em um incentivo para que o contribuinte assuma determinada (s) postura(s) de modo a preservar o meio ambiente, o que se traduz em um direito constitucionalmente protegido. Deste modo, "mesclando os sentidos impositivo (fiscal) e

[578] Flávio Azambuja Berti. *"Impostos: extrafiscalidade e não-confisco"*. Curitiba, Juruá, 2006, p.77.

[579] Paulo de Barros Carvalho entende: *"Traço sumamente relevante para a compreensão de 'tributo' está objetivado nessa frase, em que se determina a feição de licitude para o fato que desencadeia o nascimento da obrigação tributária. Foi oportuna a lembrança, uma vez que os acontecimentos ilícitos vêm sempre atrelados a uma providência sancionatória e, fixando o caráter lícito do evento, separa-se com nitidez, a relação jurídica do tributo da relação jurídica atinente às penalidades exigidas pelo descumprimento de deveres tributários. Como são idênticos os vínculos, isoladamente observados, é pela associação ao fato que lhe deu origem que vamos conhecer a índole da relação". (Curso de direito tributário, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.26)*

seletivo (extrafiscal) do princípio ambiental do poluidor-pagador, a lei tributária tem condições de proceder a um *discrimen* legítimo entre poluidores e não-poluidores, de forma a 'premiar' estes últimos, que, satisfazendo o espírito constitucional, orientado para a promoção do equilíbrio ecológico (art.225 da Constituição), colaboram para a preservação ambiental. Idealmente, o diferencial de carga tributária simbolizará o reconhecimento estatal da relevância ou irrelevância ambiental das decisões pessoais, profissionais ou empresariais dos administrados enquanto contribuintes"[580].

Alejandro C. Altamirano[581], doutrinador argentino, ao analisar o meio ambiente e o direito tributário, separa a incidência dos impostos sobre os produtos em (i) impostos que incidem sobre os materiais de produção e (ii) impostos que incidem diretamente sobre o produto terminado. Para ele Altamirano:

> algunos productos em los proceso industriales son generadores de danos ambientales, razón por la cual conllevan um importante costo social. Em orden a la creación de incentivos para reducir el nível de la contaminación causada por tales productos y de esa forma internalizar el costo social que deriva de su utilización, uma primeira aproximación podría ser la aplicación de impuestos sobre los niveles de polución emitidos denominados 'cargas sobre la emisión'. La dificultad em la práctica radica em la complejidad del monitoreo de tales niveles de polución como también la implementación del impuesto.

O melhor instrumento extrafiscal é aquele que atinge os objetivos de proteção ambiental com a melhor eficiência econômica.

Um País desenvolvido é aquele que possui uma grande produção material, mas, ao mesmo tempo, protege o meio ambiente. O Brasil, apesar da grande quantidade de normas acerca do assunto, ainda precisa melhorar no combate à degradação ambiental no geral.

5. Conclusões

Há a necessidade de um desenvolvimento maior de nosso ordenamento jurídico para a proteção do meio ambiente. A cada dia esta necessidade aumenta, bem como buscamos soluções rápidas e eficientes, além de economicamente viáveis.

A seletividade de alíquotas do IPI, prevista no próprio texto constitucional, tem sido utilizada como instrumento de ordenação político-econômica, seja através do favorecimento na tributação das operações necessárias e úteis à sociedade, ou dificultando as operações tidas como não coincidentes com o interesse social.

Há compatibilidade entre a extrafiscalidade da tributação do IPI e a proteção do meio ambiente, pois a graduação das alíquotas pode ser direcionada para estimular a fabricação de produtos menos poluentes, podendo induzir o comportamento industrial a estabelecer

---

[580] José Marcos Domingues de Oliveira, *Direito tributário e meio ambiente*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 28.
[581] *"El derecho constitucional a um ambiente sano, derechos humanos y su vinculación com el derecho tributario",* Revista de direito tributário, São Paulo: Malheiros, n.82/146.

procedimentos produtivos ecologicamente corretos. Partindo-se para a "essencialidade ambiental".Pode-se ter a utilização do poder de tributar em benefício da sociedade através da proteção ambiental.

Referências

ATALIBA, Geraldo. **IPTU: progressividade.**São Paulo: Revista de Direito Público, v. 23, n. 93, jan./mar., 1990.

ALTAMIRANO, Alejandro C. **El derecho constitucional a um ambiente sano, derechos humanos y su vinculación com el derecho tributário**. Revista de Direito Tributário n.82.

BERTI, Flávio Azambuja. **Impostos: extrafiscalidade e não-confisco**. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL, República Federativa do. **Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em 01 Fev 2019.

BRASIL, República Federativa do.**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01 Fev 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Tabela de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/Anexo/AND8950.pdf Acesso em 01 Fev 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Tributário.** 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ELALI, André de Souza Dantas. **IPI aspectos práticos e teóricos**. Curitiba, Juruá, 2005.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** 4.ed. São Paulo: Editora Noeses, 2010.

Autoria de obras geradas por inteligência artificial. Desafio para o sistema internacional de proteção de direitos autorais

Authorship of works generated by artificial intelligence. Challenge for the international copyright protection system

Aline Schraier de Quadros[582]
Faculdade de Direito da USP

Sumário. Introdução. 1. Autoria para o sistema internacional de propriedade intelectual. 2. A inteligência artificial e processo criativo. 3. Soluções de diferentes sistemas jurídicos para o dilema da autoria de obras geradas por inteligência artificial. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

Introdução

A popularização da inteligência artificial trouxe à tona o fato de que humanos não são mais, a princípio, a única fonte do trabalho criativo, alerta HRISTOV[583].Os resultados do o uso de inteligência artificial por artistas, muitas vezes consistem em obras literárias, artísticas e científicas reconhecidas como tal, trazem, no entanto, em uma primeira vista, a dificuldade para diferenciar se criadas por humanos ou por computadores.

Esse fato, por si só já bem curioso e cheio de implicações sociais, econômicas e jurídicas, desencadeia uma série de dificuldades para o sistema de proteção da propriedade intelectual, e principalmente para os direitos autorais. Isso pois, trata-se de um sistema construído em torno da figura do indivíduo criativo e suas obras criadas pelo espírito e intelecto humano. As obras geradas por inteligência artificial possuem valor e, independentemente do reconhecimento de computadores como autores, é importante pensarmos em como proteger essas criações, seja por meio da legislação autoral existente ou através de futuras revisões.

A questão da inteligência artificial, no âmbito dos direitos autorais, é evidentemente complexa, pois os conceitos normativos, concretizados em âmbito internacional e no direito interno dos países, não abarcam situações criadas por aplicações de inteligência artificial. Ensina KAMINSKI[584] que, na medida com que uma nova tecnologia ou a sua prática social vai de encontro

[582]SCHRAIER DE QUADROS, Aline. Mestranda na Faculdade de Direito da USP, Departamento de Direito Internacional, área Comércio Internacional sob orientação de Maristella Basso. E-mail: alinesquadros@usp.br
[583]HRISTOV, Kalin. Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma. IDEA: The IP Law Review, Vol. 57, No. 3, 2017. P. 433.
[584] KAMINSKI. Margot E. Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law. University of California, Davis. Vol. 51:589 -616. 2017. P.591.

com a lei, o faz por causa de como a lei foi estruturada, doutrinariamente e teoricamente, de modo a tornar dada característica relevante.

Neste artigo busca-se apresentar comentários pertinentes acerca dos novos desafios que obras geradas por inteligência artificial representam para o sistema internacional de propriedade intelectual, mais especificamente a problemática da identificação da autoria de obras geradas por inteligência artificial. Primeiramente busca-se identificar um eventual conceito de autoria que atualmente está no centro do sistema internacional de proteção dos direitos autorais, por meio de uma breve exposição dos diplomas legais internacionais que compõem o arquipélago da proteção de propriedade intelectual, destacando os dispositivos que, articulados, permitiriam identificar o autor de obras criativas.

Na sequência, verifica-se o impacto da inteligência artificial no processo criativo. Para isso, faz-se necessário compreender, mesmo que brevemente, de que se trata, afinal, inteligência artificial. E por fim, serão pontuadas algumas implicações dessa realidade fática para o sistema internacional de propriedade intelectual, apresentando-se, não conclusivamente, as opções jurídicas disponíveis no momento para solucionar esse dilema.

1. Autoria para o sistema internacional de propriedade intelectual

BASSO com muita sagacidade ensina que "Os direitos de propriedade intelectual estão vinculados, historicamente, ao direito internacional, porque houve uma interação entre o movimento de proteção dos direitos de propriedade intelectual e o direito internacional"[585]. Não é, portanto, possível desvincular o estudo de aspectos inerentes à proteção de propriedade intelectual, inclusive autoria, sem ter muito claro qual o tratamento dispendido no sistema internacional de propriedade intelectual.

O sistema atual de proteção da propriedade intelectual é atualmente um arquipélago de microssistemas, definidos em seus tratados internacionais próprios, e que se complementam, interagem e norteiam os legisladores internos no processo soberano de cada país quanto à proteção dos direitos intelectuais dos indivíduos, ensina POLIDO[586].

Os primeiros diplomas de caráter multinacional a surgirem no cenário internacional foram justamente os que se referiam à proteção dos direitos inerentes aos resultados dos trabalhos intelectuais dos seres humanos. As Convenções da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883) e da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886)

[585] BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004. P.287

[586] POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. Contribuições ao estudo do Direito Internacional da Propriedade Intelectual na Era Pós-Organização Mundial do Comércio: Fronteiras da Proteção, Composição do Equilíbrio e Expansão do Domínio Público. São Paulo, Teses USP, 2010. P.99

desempenharam um papel fundamental para a evolução desses direitos no âmbito dos direitos internos e do direito internacional.

Em 1945 foi criada a ONU, um segundo sujeito de direito internacional, que se desenvolveu no contexto internacional geral e no contexto regional europeu ocidental e oriental. Já na sequência, em 10 de dezembro de 1948, foi adotada a Declaração Universal dos Diretos do Homem, a qual, em seu artigo 27[587] eleva os direitos do autor e do inventor ao status de direitos humanos fundamentais.

Nesse contexto, e a fim de responderem às novas necessidades e enfrentar as transformações ocorridas após a Segunda Guerra mundial, tornou-se eminente a difícil tarefa de reestruturação dos *BIRPI.*A Convenção de Estocolmo, de 14 de julho de 1967, criou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI/WIPO, com sede em Genebra, e que adquiriu o status de Organismo Especializado da ONU, em 17 de dezembro de 1974.

A OMPI unifica os conceitos, abolindo a tradicional divisão existente no modelo tradicional ou histórico, que separava os direitos dos autores e dos inventores em duas categorias: direito de autor e conexos e propriedade industrial. A Convenção de Estocolmo, pois, destina-se à proteção da "propriedade intelectual", unificando os conceitos.

A criação do sistema de comércio (GATT 94, GATS e TRIPS) com a finalização da Ata de Constituição da OMC, em Marrakesh, em 1994, sobre um único sistema de solução de controvérsia, oficialmente vinculou o comércio à propriedade intelectual e deu garras e dentes para sua execução. Para o TRIPS, pois, em seu artigo 1º, ponto 2[588]. o termo "propriedade intelectual" refere-se a todas as categorias de propriedade intelectual que são objeto das Seções 1 a 7 da Parte II.

Os principais tratados da OMPI sobre Direitos Autorais são destinados a se encaixarem sem entraves, com vista a permitir que todos os setores criativos relevantes possam tirar proveito de um nível apropriado de reconhecimento de direitos. Além desses tratados, compõe o sistema de proteção internacional dos direitos autorais o Acordo TRIPS, em sua Seção 1 da Parte II.

O artigo primeiro da Convenções de Berna para Proteção das Obras Literárias, Artísticas, revisada em 1971, determina o objetivo da União, qual seja: "a proteção dos direitos os autores sobre as suas obras literárias e artísticas", conforme definição do artigo 2 da Convenção. Nota-se logo, como destaca o Guia da Convenção de Berna relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas (Ata de Paris, 1971), que esta se abstém de definir o "direito de autor "enquanto tal,

[587] Declaração Universal dos Diretos do Homem. Artigo 27° 2. Todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.
588 Acordo TRIPS, artigo 1º, 2. Para os fins deste Acordo, o termo "propriedade intelectual" refere-se a todas as categorias de propriedade intelectual que são objeto das Seções 1 a 7 da Parte II.

apesar de o seu objetivo essencial ser a sua proteção através do mundo. O próprio conceito de direito de autor, num ponto de vista filosófico, teórico e pragmático, difere segundo os países, pois se inscreve num conceito jurídico próprio a cada um deles e pode também ser influenciado por contingências de ordem econômica ou social. Defini-lo sob forma de um princípio convencional oponível a todos seria demasiado difícil ou totalmente impossível.

Não se encontra, portanto, uma definição clara do que seria autoria para Convenções de Berna, apesar de ser clara a natureza humana da criação das obras por si protegidas. Da mesma forma, a Convenção de Roma, que vem para complementar e estender os direitos articulados na Convenção de Berna, não traz um conceito fixo de autoria.

Mas cabe destacar que com a revolução industrial a concepção de autor se atualizou como lembra a professora Maristela Basso[589]:Além, disso, para compreender o que se tem hoje como conceito de autoria vale lembrar a sempre torturante questão do embate entre as concepções que abrangem direitos autorais. O direito de autor, *droit d'auteur*, corresponde ao sistema francês ou continental, que originalmente, se ocupava da criatividade da obra a ser copiada e dos direitos morais do criador da obra. No direito de cópia, ou *copyright*, do sistema anglo-americano, o direito a ser protegido é a reprodução de cópias, e originalmente enfatizava mais a proteção do editor do que do autor. Ressalta-se que no Brasil, a título ilustrativo, por força da tradição de direito romano, adotou-se o direito do autor, como pessoa física, e é dele o direito de reprodução, ensina VIEIRA[590].

São elementos comuns dos diplomas, não definir autoria, dando pouco suporte em nível internacional para a resolução dos desafios inerentes à identificação de autoria de obras geradas por inteligência artificial. Cabe, pois, aos direitos internos, considerando parâmetros mínimos conferidos no sistema internacional, estruturar a proteção a nível nacional.

2. Inteligência artificial e processo criativo

O alerta de GUADAMUZ, apesar de lúdico, resume bem a relação com que a sociedade como um todo encara o potencial criativo de computadores. Destaca o autor: "*The rise of the machines is here, but they do not come as conquerors, they come as creators*[591]".Na mesma linha dessa alarmante declaração, cabe a ponderação de HRISTOV[592]de que a contribuição das chamadas "máquinas criativas" para a sociedade é significativa e deve ser endereçada com a devida seriedade.

[589]BASSO, Maristela. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual. Porto Alegre, RS. Livraria do Advogado Editora, 2000. P.195
[590] VIEIRA, Alexandre Pires. Direito autoral na sociedade digital. 2. ed. São Paulo: Montecristo, 2018.
[591] GUADAMUZ, Andres. Artificial intelligence and copyright. WIPO Magazine No.5/2017. P.17
[592] HRISTOV, Kalin. **Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma**. IDEA: The IP Law Review, Vol. 57, No. 3, 2017.

Apesar da relutância de alguns pesquisadores em aceitar que as máquinas sejam capazes de exercer um pensamento criativo, alerta que com o surgimento de novas tecnologias utilizando-se de algoritmos e sistemas dotados de inteligência artificial, o intelecto já não pode mais ser considerado como um atributo exclusivo do ser humano.

Os sistemas de inteligência artificial são assim, "sistemas capazes de *aprender*, mediante o acúmulo de experiências desenvolvidas a partir de tentativas e erros, bem como de experiências de outros agentes, treinar a si mesmos, o que permite a esses agentes e sistemas a tomada de decisões diferentes e imprevisíveis para uma mesma situação"[593].Dessa forma, pode-se dizer que a inteligência artificial se diferencia dos demais algoritmos tradicionais a partir do momento que é capaz de treinar a si mesma através do acúmulo de experiências anteriores próprias e de outros agentes.

Assim, inteligência artificial é composta por softwares que imitam a configuração das redes neurais humanas. Essas redes são formadas por dispositivos que podem trabalhar em conjunto para acessar informação e criar novos trabalhos diferentes do estado da arte anterior. Esse processo é frequentemente automático e independente da intervenção humana, como ensina HRISTOV[594].KAMINSKI[595], destaca que em termos gerais, autoria de algoritmos é, na verdade, autoria por meio de um algoritmo, um computador em vez de um humano. De modo que inteligência artificial refere-se a uma versão mais sofisticada e independente de algoritmos.

Diante disso, é incontroverso o ensinamento de KAMINSKI que autoria de algoritmos ou inteligência artificial é iminentemente disruptiva para várias áreas do direito que tem em seu cerne o autor humano. Para demonstrar a relevância e a iminência das discussões acerca da autoria de obras geradas por inteligência artificial, destaca-se abaixo alguns exemplos de casos recentes que chamam atenção para o potencial criativo desses algoritmos.

Em 2016, um grupo de museus e pesquisadores da Holanda revelou um retrato intitulado *The Next Rembrandt*, uma nova obra de arte gerada por um computador que analisou milhares de obras do artista holandês *Rembrandt Harmenszoon van Rijn*, do século XVII[596]. Um pequeno romance escrito por um programa de computador japonês em 2016 alcançou a segunda rodada de um

[593] SCHIRRU, Luca. A Inteligência Artificial e o Direito Autoral: primeiras reflexões e problematizações. GEDAI. 2016. P.12
[594] HRISTOV, Kalin. Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma. IDEA: The IP Law Review, Vol. 57, No. 3, 2017. P.434
[595] KAMINSKI. Margot E. Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law. UniversityofCalifornia, Davis. Vol. 51: 2017. P.593
[596] Detalhes do projeto podem ser acessados diretamente no website:< https://www.nextrembrandt.com/>

prêmio literário nacional[597]. E a Deep Mind[598], empresa de inteligência artificial de propriedade do Google, criou um software capaz de gerar música ouvindo gravações[599].

Ainda, a Christie's, famosa galeria de arte do Reino Unido, em seus 252 anos de história, inovou ao leiloar obra de arte gerada pela Inteligência Artificial. O quadro "Retrato de Edmond de Belamy", criado pelo grupo de arte francês Obvious, integra uma série de pinturas da família fictícia Belamy geradas por um algoritmo de duas partes, denominado GAN - abreviação de "rede de adversários generativos" – alimentado com um conjunto de dados de quinze mil retratos pintados entre os séculos XIV e XX, em que uma parte cria uma nova imagem com base no conjunto de informações e a outra parte é levada a "pensar" que as novas imagens são reais[600].

Não é pacífico no meio científico se algoritmos de inteligência artificial teriam mesmo potencial criativo. Alguns pensadores, inclusive, criaram formas de questionar a criatividade da inteligência artificial, por exemplo Alan Turing pai da ciência da computação e Ada Lovelace, pioneira da computação que criou o *Lovelace Test*[601]

A parte da discussão se obras geradas por inteligência artificial merecem ou não proteção por meio do sistema de direito autorais, existem a problemática de entender o real papel que esses algoritmos exercem para o processo criativo. Uma segunda abordagem à autoria algorítmica é, portanto, considerar os autores humanos do algoritmo como, de alguma forma, co-autores do trabalho resultante. Desse modo, para fins práticos, entende KAMINSKI, pelo menos no futuro próximo, a questão central da autoria algorítmica provavelmente será entre compreender se o algoritmo se parece mais com uma ferramenta, ou se os programadores do algoritmo se parecem mais com co-autores[602].

3. Soluções de diferentes sistemas jurídicos para o dilema da autoria de obras geradas por inteligência artificial

Uma vez que é difícil identificar o autor humano, essas obras poderiam, em teoria, ser consideradas livres de direitos autorais. Nesse cenário, essas obras poderiam ser usadas livremente e reutilizados por qualquer pessoa. Destaca, acertadamente, GUADAMUZ que um panorama desses não seria muito vantajoso para as empresas que vendem as obras.

---

597 Noticia disponível em: <https://hypescience.com/inteligencia-artificial-escreve-romance/> Acesso em: 18/02/2019

598 Para mais detalhes do projeto, acessar o website:< https://deepmind.com/>

599 Amostras das composições podem ser ouvidas em < https://magenta.tensorflow.org/>

600 Mais detalhes no website da galeria, em: < https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx>

601 Detalhes em: <https://motherboard.vice.com/en_us/article/pgaany/forget-turing-the-lovelace-test-has-a-better-shot-at-spotting-ai>, acesso em: 18/02/2019

602 KAMINSKI. Margot E. Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law. University of California, Davis. Vol. 51: 2017. P.594

Se os desenvolvedores não tiverem garantia de que as criações geradas pelo aprendizado de máquina se qualificam para proteção de direitos autorais, não teriam o incentivo para investir em tais sistemas. Em alguns países, como na Inglaterra, obras produzidas por mecanismos de inteligência artificial são protegidas por direito autoral. Mas, destaque-se a lei atribui a autoria "à pessoa que faz os arranjos necessários para a criação da obra" e não às máquinas. Mas mantém-se a problemática de identificar o autor dos arranjos para a criação da obra.

Existem duas maneiras pelas quais a lei de direitos autorais pode lidar com trabalhos em que a interação humana é mínima ou inexistente. Ele pode negar a proteção de direitos autorais para obras que foram geradas por um computador ou pode atribuir a autoria de tais obras ao criador do programa.

Na opinião de GUADAMUZ "*conferring copyright in works generated by artificial intelligence has never been specifically prohibited. However, there are indications that the laws of many countries are not amenable to non-human copyright"*[603].Não é esse o entendimento dos Estados Unidos e da Austrália[604]. Nos Estados Unidos, por exemplo, o the Copyright Office declarou que pode ser "*register an original work of authorship, provided that the work was created by a human being*"605.

Na Europa, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) também declarou em várias ocasiões, em particular na sua decisão histórica da Infopaq[606], que os direitos de autor apenas se aplicam a obras originais, e essa originalidade deve refletir a "criação intelectual do autor". Isso geralmente é entendido como significando que um trabalho original deve refletir a personalidade do autor, o que significa claramente que um autor humano é necessário para que um trabalho seja protegido por direitos autorais.

A segunda opção, a de dar autoria ao programador, é evidente em alguns países como Hong Kong, Índia, Irlanda, Nova Zelândia e Reino Unido. Esta abordagem é melhor encapsulada na Lei de Direitos Autorais, Projetos e Patentes (CDPA), do Reino Unido, seção 9 (3) que declara: *"In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken."*. Além disso, a seção 178 do CDPA define um trabalho gerado por computador como aquele que "*is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work*". A ideia por trás de tal provisão é

603KAMINSKI. Margot E. Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law. University of California, Davis. Vol. 51: 2017. P.594.

604 Em um recente caso australiano (AcohsPtyLtdUcorpPtyLtd), um tribunal declarou que um trabalho gerado com a intervenção de um computador não pode ser protegido por direitos autorais porque não foi produzido por um ser humano.

605 A postura do Copyright Office decorre da jurisprudência, por exemplo, os casos Feist Publications v Rural Telephone Service Company, Inc. 499 US 340 (1991)) que especifica que a lei de direitos autorais protege apenas "os frutos do trabalho intelectual" que "são fundados nos poderes criativos da mente".

606Caso 5/08 Infopaq Internacional A / S / Danske Dagbaldes Forening.

criar uma exceção para todos os requisitos de autoria humana, reconhecendo o trabalho que envolve a criação de um programa capaz de gerar obras, mesmo que a faísca criativa seja realizada pela máquina.

Conceder direitos autorais à pessoa que tornou possível a operação da inteligência artificial parece ser a abordagem mais sensata, com o modelo do Reino Unido mais eficiente. Essa abordagem garantirá que as empresas continuem investindo na tecnologia, com a certeza de que obterão um retorno sobre seu investimento.

Comentários Finais

KAMINSKI[607]destaca que determinado tipo de tecnologia pode ser uma lente através da qual melhor vemos a lei. Isso pode levar a uma mudança de estatutos ou doutrina para reavaliar a teoria por trás destes. Mas com sabedoria lembra que a tecnologia raramente é tão perturbadora que faz com que a lei seja incapaz de funcionar.

Nesse contexto, fica claro que a criação de obras usando inteligência artificial pode ter implicações muito importantes para o sistema internacional de proteção de propriedade intelectual e de direitos autorais. Tradicionalmente, a propriedade de direitos autorais em obras geradas por computador não estava em questão porque o programa era apenas uma ferramenta que apoiava o processo criativo, muito parecido com uma caneta e um papel.

Os trabalhos criativos se qualificam para proteção de direitos autorais se forem originais, com a maioria das definições de originalidade exigindo um autor humano. A maioria das jurisdições, incluindo a Espanha e a Alemanha, entendem que somente obras criadas por um ser humano podem ser protegidas por direitos autorais, o mesmo se dá no Brasil. Outros países como Hong Kong, Índia, Irlanda, Nova Zelândia e Reino Unido atribuem a autoria ao programador.

Os mais recentes tipos de inteligência artificial, o programa de computador não é mais uma ferramenta; na verdade, toma muitas das decisões envolvidas no processo criativo sem intervenção humana. As coisas provavelmente se tornarão mais complexas à medida que o uso de inteligência artificial pelos artistas se tornar mais difundido e as máquinas melhorarem a produção de obras criativas, tornando ainda mais nítida a distinção entre a arte feita por um humano e aquela feita por um computador. Avanços monumentais na computação e a grande quantidade de poder computacional disponível podem muito bem fazer a distinção.

E com dado poder de computação suficiente, em breve será possível distinguir entre conteúdo gerado por pessoas e gerado por máquinas. Ainda não é esse o estágio, mas se e quando

[607] KAMINSKI. Margot E. Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law. University of California, Davis. Vol. 51: 2017. P.593

ele for atingido, será necessário decidir que tipo de proteção, se houver, devemos dar a trabalhos criados por algoritmos inteligentes emergentes com pouca ou nenhuma intervenção humana. O sistema internacional de propriedade intelectual precisará ser repensado para admitir autoria de obras que não necessariamente foram fruto do intelecto ou espírito criativo humano.

Referências bibliográficas

BASSO, Maristela. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual. Porto Alegre, RS. Livraria do Advogado Editora, 2000.

_____. Os fundamentos Atuais do direito Internacional da Propriedade Intelectual. Em R. CEJ, Brasília, n. 21, p. 16-30, abr./jun. 2003

_____. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

GUADAMUZ, Andres. Artificial intelligence and copyright. WIPO Magazine No.5/2017. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html Acesso em: 18/02/2019

HRISTOV, Kalin. Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma.IDEA: The IP Law Review, Vol. 57, No. 3, 2017.Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2976428> Acesso em: 18/02/2019

KAMINSKI. Margot E. Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law. University of California, Davis. Vol. 51:589 -616. 2017.

OMC. GATT/47. Disponpivel em:https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf. Acesso em: 18/02/2019

POLIDO, Fabricio BertiniPasquot. Contribuições ao estudo do Direito Internacional da Propriedade Intelectual na Era Pós-Organização Mundial do Comércio: Fronteiras da Proteção, Composição do Equilibrio e Expansão do Dominio Público. São Paulo, Teses USP, 2010

SCHIRRU, Luca. A Inteligência Artificial e o Direito Autoral: primeiras reflexões e problematizações. GEDAI. 2016. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/agosto-de-2016/a-inteligencia-artificial-e-o-direito-autoral-primeiras-reflexoes-e-problematizacoes/> Acesso em: 18/02/2019

VIEIRA, Alexandre Pires. Direito autoral na sociedade digital. 2. ed. São Paulo: Montecristo, 2018.

Legislação sobre proteção contra os perigos resultantes da exposição a radiações ionizantes na Europa e em Portugal: breve descrição e contextualização no âmbito da prática da radiologia

Legislation on basic safety standards for protection against the dangers resulting from ionizing radiation exposure in Europe and Portugal: brief description and background in the scope of radiology practice

Patrícia Anjos Azevedo[608]
Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP)

Abílio Azevedo[609]
Politécnico do Porto (APNOR)

Sumário: 1. Introdução. 2. A legislação europeia sobre proteção contra os perigos resultantes da exposição a radiações ionizantes. 3. A transposição, para o ordenamento jurídico português, da Diretiva atualmente vigente nestas matérias. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O uso de fontes de radiação, nomeadamente fontes radioativas seladas ou não seladas e aceleradores de partículas é ubíqua nas aplicações industriais e médicas da radiação ionizante (VAZ, 2015). As aplicações médicas representam a maior fonte de radiação ionizante artificial da população na atualidade, refletindo mais de 95% do total de exposição às mesmas. (COSTA et al., 2015). Como contributo, destaca-se em grande plano a recente evolução tecnológica e o aumento do uso de modalidades diagnósticas baseadas em radiação ionizante, como a Tomografia Computorizada (TC) de múltiplos detetores, o que levou à multiplicação do número de exames e, consequentemente, da exposição global à radiação da população, sendo esta modalidade responsável por cerca de 50% no total do peso da radiação associada às aplicações médicas.(FAGGIONI et al., 2017).Se por um lado a qualidade da imagem melhorou, permitindo diagnósticos mais precisos, um aumento significativo da dose associada a cada paciente também

[608] Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP). Licenciada e Mestre em Direito – Ciências Jurídico-Económicas (FDUP). Professora Adjunta. Convidada na ESTG do Politécnico do Porto. *E-mail*: patricia_anjos_azevedo86@hotmail.com .
[609] Mestre em Gestão de Unidades de Saúde pelo Politécnico *do Porto (APNOR).* Licenciado em Radiologia (CESPU/ESSVA). *E-mail*: abilio.azevedo@outlook.com .

ocorreu.(COSTA et al., 2015). Todas as questões relativas ao uso exacerbado de modalidades de diagnóstico levantaram preocupações na comunidade científica sobre os potenciais efeitos colaterais nos pacientes, com particular referência ao cancro relacionado com a radiação e até à morte. (FAGGIONI et al., 2017). Vários estudos demonstraram recentemente um aumento pequeno, mas significativo, do risco de ocorrência de cancro em crianças e pacientes jovens com exposição prévia a exames de tomografia computorizada, paralelamente com um aumento mensurável dos danos ao ADN induzidos por radiação após vários exames radiológicos, que se correlaciona com a dose de radiação. (FAGGIONI et al., 2017).

No entanto, além do risco para os pacientes, é também de especial importância a questão do risco profissional, que é tanto maior quanto mais exposto for à fonte de radiação, e quanto mais longo o tempo de exposição (RIBEIRO et al., 2017). Neste cenário, uma consciência plena das questões de proteção contra radiação e um conhecimento adequado das doses de radiação fornecidas pelas várias modalidades de imagem são essenciais para garantir que todos os profissionais envolvidos sigam os critérios de adequação e otimização atualizados. (FAGGIONI et al., 2017). Organizações como a Comissão Europeia (CE) publicaram vários relatórios em que são apresentados valores elevados de dose coletiva mundial, sendo que uma das suas preocupações recai sobre as grandes diferenças entre os resultados comunicados de estimativas de dose da população de diferentes países europeus com níveis de cuidados de saúde semelhantes, o que pode dever-se à ausência de uma metodologia europeia comum a necessária competência em matéria de proteção radiológica. (COSTA et al., 2015)

Por tudo o antes, o objetivo deste artigo consistiu na contextualização e breve descrição da legislação relativa ao tema das radiações ionizantes, no sentido do mesmo constituir uma fonte de consulta e literacia aos interessados, bem como um contributo adicional na *consciencialização* da implementação e seguimento das boas práticas recomendadas, indicadas pelas entidades competentes, num tópico tão vital como a saúde da população.

2. A legislação europeia sobre proteção contra os perigos resultantes da exposição a radiações ionizantes

2.1 O Tratado Euratom

Um dos objetivos da Comunidade Europeia da Energia Atómica (Euratom) passa por estabelecer normas de segurança uniformes destinadas à proteção sanitária da população e dos trabalhadores, velando pela sua aplicação, abrangendo as aplicações médicas, a investigação, os níveis máximos admissíveis de contaminação radioativa dos géneros alimentícios e as medidas de

proteção a tomar em caso de emergência radiológica[610]. De uma forma mais específica, o Tratado Euratom dedica o seu capítulo 3 (art.ºs 30.º a 39.º) à proteção sanitária[611].

As Diretivas da União Europeia já revogadas

No que toca aos perigos resultantes da exposição a radiações ionizantes, a Comunidade estabeleceu normas de base pela primeira vez em 1959, através das diretivas de 2 de fevereiro de 1959, que estabelecem as normas de base relativas à proteção sanitária dos trabalhadores e da população contra os perigos resultantes das radiações ionizantes[612]. Posteriores à legislação europeia de 1959 nesta matéria, podemos destacar as seguintes Diretivas (referentes aos períodos de 1989 a 2003), mas – entretanto – também já revogadas: (i) Diretiva 89/618/Euratom do Conselho, de 27 de novembro de 1989, relativa à informação da população sobre as medidas de proteção sanitária aplicáveis e sobre o comportamento a adotar em caso de emergência radiológica; (ii) Diretiva 90/641/Euratom do Conselho, de 4 de dezembro de 1990, relativa à proteção dos trabalhadores externos sujeitos ao risco de radiações ionizantes durante a intervenção numa zona controlada; (iii) Diretiva 96/29/Euratom do Conselho, de 13 de maio de 1996, que fixa as normas de segurança de base relativas à proteção sanitária da população e dos trabalhadores contra os perigos resultantes das radiações ionizantes[613]; (iv) Diretiva 97/43/Euratom do Conselho, de 30 de junho de 1997, relativa à proteção da saúde das pessoas contra os perigos resultantes de radiações ionizantes em exposições radiológicas médicas e que revoga a Diretiva 84/466/Euratom; (v) Diretiva 2003/122/Euratom do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, relativa ao controlo de fontes radioativas seladas de atividade elevada e de fontes órfãs.

2.3 A Diretiva da União Europeia atualmente vigente

Mais recentemente, a Diretiva 2013/59/Euratom do Conselho, de 5 de dezembro de 2013, veio fixar as normas de segurança de base relativas à proteção contra os perigos resultantes da exposição a radiações ionizantes[614]. Desta forma, veio estabelecer-se regras mínimas, sendo que

[610]De facto, o art.º 2.º, alínea b), do Tratado Euratom prevê o estabelecimento de normas de segurança uniformes destinadas à proteção sanitária da população e dos trabalhadores.

[611]Assim, o art.º 30.º deste Tratado define as "normas de base", de acordo com o seguinte: (a) As doses máximas permitidas, que sejam compatíveis com uma margem de segurança suficiente; (b) Os níveis máximos permitidos de exposição e contaminação; (c) Os princípios fundamentais de vigilância médica dos trabalhadores.

[612]Tais diretivas foram sujeitas a diversas alterações, tendo sido revogadas pela Diretiva 96/29/Euratom do Conselho, que, já em seguida, referimos.

[613]A Diretiva 97/43/Euratom do Conselho, a Diretiva 89/618/Euratom do Conselho, a Diretiva 90/641/Euratom do Conselho e a Diretiva 2003/122/Euratom do Conselho abrangem diversas questões específicas que complementam a Diretiva 96/29/Euratom.

[614]Revogando as Diretivas 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom e 2003/122/Euratom (aludidas no ponto anterior deste nosso contributo).Dos considerandos da Diretiva 2013/59/Euratom do Conselho,verifica-se – entre outras situações – que, como consagrado na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a incumbência imposta à Comunidade, pelo art.º 2.º, alínea b) do Tratado Euratom, no sentido de estabelecer normas de segurança uniformes para a proteção sanitária dos trabalhadores e da

os Estados-Membros são livres de adotar, ou manter, medidas mais restritivas na matéria abrangida, sem prejuízo da livre circulação de mercadorias e serviços no mercado interno, tal como definida na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Especificamente no domínio da medicina, certos desenvolvimentos tecnológicos e científicos importantes levaram a um notável aumento dos níveis de exposição dos pacientes. Neste contexto, esta diretiva denota a necessidade de justificação da exposição radiológica médica, incluindo a exposição de pessoas assintomáticas, reforçando os requisitos relativos à informação a prestar aos pacientes, ao registo e à comunicação das doses resultantes de procedimentos médicos, à utilização de níveis de referência de diagnóstico e à disponibilidade de dispositivos indicadores de dose[615]. Ora, e de acordo com os considerandos desta diretiva, torna-se fundamental um elevado nível de competência e uma definição clara das responsabilidades e atribuições de todos os profissionais envolvidos em questões de exposição médica, de modo a garantir uma proteção adequada aos pacientes sujeitos a procedimentos de radiodiagnóstico e de radioterapia. Tal imperativo aplica-se a médicos, dentistas ou quaisquer outros profissionais de saúde habilitados a assumir a responsabilidade clínica por uma exposição médica individual, e a especialistas em física médica e outros profissionais que executem aspetos práticos dos procedimentos radiológicos médicos, tais como técnicos de radiologia e de radiodiagnóstico, medicina nuclear e radioterapia. As exposições médicas acidentais e não intencionais são uma fonte de preocupação contínua, cabendo à autoridade competente em matéria de proteção contra as radiações tratar da prevenção das mesmas, assim como do seu acompanhamento, caso ocorram[616].

No que toca ao âmbito de aplicação da Diretiva (art.º 2.º), esta é aplicável a qualquer situação de exposição planeada, de exposição existente ou de exposição de emergência que envolva riscos de exposição a radiações ionizantes que não possam ser ignorados do ponto de vista da proteção contra as radiações, ou no que respeita ao ambiente, numa perspectiva de proteção da saúde humana a longo prazo[617]. Quanto aos princípios gerais da proteção contra radiações, prescreve o art.º 5.º, alínea b) que a proteção contra radiações das pessoas sujeitas a exposição profissional ou à exposição da população deve ser otimizada por forma a manter o valor das doses individuais, a probabilidade de ocorrência das exposições e o número de pessoas expostas, num nível tão baixo quanto razoavelmente possível, tendo em conta o estado atual do conhecimento

população em geral, não obsta a que, salvo indicação expressa nas normas, os Estados-Membros prevejam uma proteção mais rigorosa.

[615]Importa referir que segundo a Organização Mundial da Saúde o conceito de saúde abrange o bem-estar físico, mental e social do indivíduo, e não a mera ausência de doença ou enfermidade (cfr. considerando n.º 28).

[616]Também no exercício da medicina veterinária está a aumentar a utilização de radiações ionizantes, utilizando frequentemente material usado oriundo do setor médico.

[617]Contudo, e de acordo com o art.º 3.º, alínea a), a presente diretiva não é aplicável à exposição ao nível natural de radiação, como por exemplo dos radionuclídeos contidos no corpo humano ou aos raios cósmicos ao nível do solo.

técnico e fatores económicos e societais. A otimização da proteção das pessoas sujeitas a exposição médica deve ser aplicável ao valor das doses individuais e deve ser compatível com a finalidade médica da exposição, tal como descrito no art.º 56.º.[618] As exposições profissionais encontram-se previstas nos art.ºs 31.º e seguintes; sendo que as exposições médicas estão contempladas nos art.ºs 55.º e ss. A exposição da população é regulada nos art.ºs 65.º e ss.

A transposição, para o ordenamento jurídico português, da Diretiva atualmente vigente nestas matérias

Tendo em conta que as Diretivas são atos legislativos vinculativos da União Europeia, e atendendo ao disposto no art.º 288.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os Estados-Membros encontram-se vinculados quanto ao resultado a alcançar. Deixa-se, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios, pelo que as Diretivas necessitam de um ato formal de receção interno, por parte dos Estados-Membros, denominado por transposição.

Neste contexto, surge o Decreto-Lei n.º 108/2018, de 3 de dezembro, que estabelece o regime jurídico da proteção radiológica, transpondo a Diretiva 2013/59/Euratom[619].Quanto ao objeto (art.º 1.º, n.º 1), o presente DL estabelece o regime jurídico da proteção radiológica, bem como as atribuições da autoridade competente e da autoridade inspetiva para a proteção radiológica, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva 2013/59/Euratom, do Conselho, de 5 de dezembro de 2013.Ademais, e nos termos do n.º 2 da mesma disposição, o presente DL procede à transferência da missão, das atribuições e das competências da Comissão Reguladora para a Segurança das Instalações Nucleares (COMRSIN) para a autoridade competente, transpondo para a ordem jurídica interna as normas referentes à autoridade competente e procedendo à extinção da COMRSIN. Ora, e de acordo com o art.º 12.º, n.º 1, a Agência Portuguesa do Ambiente, I. P. (APA, I. P.) trata-se da autoridade competente para efeitos do presente DL, encontrando-se as respetivas atribuições previstas no art.º 13.º. Ademais, funciona junto da Autoridade Nacional da Proteção Civil (ANPC) a Comissão Nacional para Emergências Radiológicas (CNER), com funções consultivas, que reúne os dirigentes ou seus representantes, designados para o efeito, dos organismos previstos no n.º 1 do art.º 116.º.No tocante ao âmbito de

[618]Já o art.º 6.º trata das restrições de dose para a exposição profissional, a exposição da população e a exposição médica, sendo que o art.º 7.º se reporta aos níveis de referência e o art.º 8.º proíbe os trabalhadores menores de 18 anos da afetação a qualquer função que as coloque na categoria de trabalhadores expostos. O art.º 10.º reporta-se à proteção das trabalhadoras grávidas e lactantes e os art.ºs 11.º e 12.º aos limites de dose para aprendizes, estudantes e, ainda, para a população. Especificamente no que toca ao ensino, informação e formação em matéria de exposição médica, prevê o art.º 18.º, n.º 1 que os Estados-Membros asseguram que os médicos e as pessoas envolvidas nos aspetos práticos dos procedimentos radiológicos médicos recebem um ensino, informações e formação teórica e prática adequados às práticas radiológicas, e que têm a necessária competência em matéria de proteção contra radiações. O art.º 22.º ocupa-se das práticas que envolvam a exposição deliberada de pessoas para fins de imagiologia não médica.
[619]Este diploma, e conforme prevê o respetivo art.º 207.º entrará em vigor 120 dias após a sua publicação.

aplicação, o presente DL é aplicável a todas as práticas que envolvam a utilização de radiações ionizantes (n.º 1), sendo igualmente aplicável à exposição ocupacional, à exposição do público e à exposição médica a radiações ionizantes, desde que as mesmas não possam ser ignoradas do ponto de vista da proteção contra as radiações e constituam situações de exposição planeada, existente ou de emergência (n.º 2). Todavia, e nos termos do art.º 3.º, alínea a), este diploma não se aplica à exposição à radiação natural, nomeadamente, aos radionuclídeos contidos no corpo humano ou aos raios cósmicos ao nível do solo, sempre que a mesma possa ser ignorada do ponto de vista da proteção contra as radiações.

O capítulo II (isto é, art.ºs 5.º e seguintes) ocupa-se dos princípios gerais da proteção contra radiações[620]. De destacar que, nos termos do art.º 25.º, n.º 1, qualquer aquisição de equipamento que contenha fontes radioativas ou de um gerador de radiações deve ser acompanhada das informações sobre os potenciais riscos radiológicos, a sua correta utilização, ensaios e manutenção, bem como uma demonstração de que a conceção permite limitar as exposições a um nível tão baixo quanto razoavelmente possível. No caso de equipamento radiológico médico devem ainda ser disponibilizadas as informações sobre a avaliação dos riscos para os pacientes e os elementos disponíveis da avaliação clínica (n.º 2 do art.º 25.º).Já o art.º 26.º ocupa-se do programa de proteção radiológica; o art.º 27.º do plano de emergência interno e o art.º 28.º da eliminação, reciclagem ou reutilização de materiais radioativos[621]. Quanto ao art.º 36.º, este regula os critérios mínimos de aceitabilidade das instalações e equipamentos radiológicos, ocupando-se o art.º 37.º da avaliação de segurança radiológica. Seguidamente, nos art.ºs 42.º e seguintes prevê-se a regulamentação das práticas que envolvem a exposição deliberada de pessoas para fins de imagiologia não médica. As práticas industriais que envolvem material radioativo natural encontram-se previstas nos art.ºs 60.º e seguintes.

Relativamente à exposição médica, destaquem-se os art.ºs 96.º e seguintes, sendo a aplicação do princípio da otimização à exposição médica tratado no art.º 97.º, sendo que, nas exposições médicas, são utilizados níveis de referência de diagnóstico: (a) Em exames de radiodiagnóstico, tendo em conta os níveis recomendados no âmbito europeu, quando disponíveis; (b) Em procedimentos de radiologia de intervenção, se necessário. Concretamente no que toca aos procedimentos radiológicos médicos, e de acordo com o art.º 102.º, n.º 1, estes devem estar suportados em protocolos previamente definidos que permitam garantir a segurança e a proteção do paciente e dos profissionais, sendo entregue ao paciente um relatório do procedimento

[620]Neste contexto, destaquem-se os princípios da justificação (art.º 5.º), da otimização (art.º 6.º), da limitação de doses (art.º 7.º), do respeito pela proteção e segurança radiológica (art.º 8.º), da proibição de abandono (art.º 9.º) e da cooperação (art.º 10.º).

[621] Os diversos procedimentos e licenciamentos encontram-se regulados nas disposições seguintes.

radiológico médico que inclui as informações relativas à sua exposição (n.º 2). Por seu turno, e no que concerne à educação, formação e treino de profissionais ligados às exposições médicas, o art.º 103.º, n.º 1 prevê que a educação, formação e o treino dos médicos e dos restantes profissionais envolvidos nos aspetos práticos dos procedimentos radiológicos médicos assegura conteúdos teóricos e práticos adequados às práticas radiológicas, de forma a garantir a necessária competência em matéria de proteção radiológica.

4. Considerações Finais

Após elaborada a contextualização e breve descrição da legislação relativa à proteção contra os perigos resultantes da exposição a radiações ionizantes associadas à prática clínica na Europa e em Portugal, fica bastante claro que a temática tem vindo a merecer um especial cuidado ao longo dos últimos anos. A legislação vai sofrendo alterações de modo a ser melhorada e atualizada de acordo com as necessidades e desafios que vão surgindo com a normal e rápida evolução dos tempos e anseios da população. No entanto, medidas de caráter legislativo, certamente não se traduzem na única forma de dar resposta ao problema da exposição inadequada às radiações ionizantes. Ainda assim, ao servirem como fronteira, estabelecendo normas, procedimentos e valores de dose de exposição recomendados constituem-se como um grande auxílio e fator determinante de impacto na adoção das boas práticas por todos os agentes envolvidos, não só no seu contexto de aplicação, como também na vertente da exposição adequada a esses tipos de fontes de radiação. Consequentemente, é da maior pertinência o conhecimento da legislação existente, o que, e de acordo com o objetivo inicialmente traçado, foi conseguido através da sua breve descrição e contextualização no âmbito desejado, na expectativa do mesmo vir a dar um contributo de maior visibilidade e esclarecimento da realidade tratada. Assim, um maior rigor no cumprimento e respeito pelas indicações e procedimentos recomendados, contribuirá, certamente, para que o problema possa de alguma forma ser mitigado através de uma mudança de comportamento e mentalidade, desde que, complementado pela fiscalização e salvaguarda da correta aplicação da legislação pelas autoridades competentes.

5. Referências Bibliográficas

BÉLGICA. Diretiva 2003/122/Euratom do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, relativa ao controlo de fontes radioativas seladas de atividade elevada e de fontes órfãs. **Jornal Oficial da União Europeia.** Bruxelas, 22 dez 2003. Disponível em: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/35c9b8e9-f5d8-43d5-aecf-1d1524759bc6/language-pt>. Acesso em: 13 jan. 2019.

BÉLGICA. Diretiva 2013/59/Euratom do Conselho, de 5 de dezembro de 2013, que fixa as normas de segurança de base relativas à proteção contra os perigos resultantes da exposição

a radiações ionizantes, e que revoga as Diretivas 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom e 2003/122/Euratom. **Jornal Oficial da União Europeia**. Bruxelas, 5 dez. 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0059>. Acesso em: 13 jan. 2019.

BÉLGICA. Diretiva 89/618/Euratom do Conselho, de 27 de novembro de 1989, relativa à informação da população sobre as medidas de proteção sanitária aplicáveis e sobre o comportamento a adotar em caso de emergência radiológica. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias.** Bruxelas, 27 nov. 1989. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31989L0618>. Acesso em: 13 jan. 2019.

BÉLGICA. Diretiva 90/641/Euratom do Conselho, de 4 de dezembro de 1990, relativa à proteção dos trabalhadores externos sujeitos ao risco de radiações ionizantes durante a intervenção numa zona controlada. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias.** Bruxelas, 04 dez. 1990. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31990L0641>. Acesso em: 13 jan. 2019.

BÉLGICA. Diretiva 96/29/Euratom do Conselho, de 13 de maio de 1996, que fixa as normas de segurança de base relativas à proteção sanitária da população e dos trabalhadores contra os perigos resultantes das radiações ionizantes. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias.** Bruxelas, 13 maio 1996. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0029>. Acesso em: 13 jan. 2019.

COSTA, F. et al. Estimation of the collective ionizing dose in the Portuguese population for the years 2011 and 2012 , due to nuclear medicine exams. **Revista Española de Medicina Nuclear e Imagen Molecular (English Edition)**, v. 34, n. 1, p. 1–8, 2015.

FAGGIONI, L. et al. Awareness of radiation protection and dose levels of imaging procedures among medical students , radiography students , and radiology residents at an academic hospital : Results of a comprehensive survey. **European Journal of Radiology**, v. 86, p. 135–142, 2017.

LUXEMBURGO. Diretiva 97/43/Euratom do Conselho, de 30 de junho de 1997, relativa à proteção da saúde das pessoas contra os perigos resultantes de radiações ionizantes em exposições radiológicas médicas e que revoga a Diretiva 84/466/Euratom. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias.** Luxemburgo, 30 jun. 1997. Disponível em: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/aa7564fa-fd07-4872-943c-66df8f4f1099/language-pt>. Acesso em: 13 jan. 2019.

LUXEMBURGO. Tratado Euratom (Versão Consolidada). **Serviço das Publicações da União Europeia**. Luxemburgo 2010. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2019.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 108/2018, de 3 de dezembro. **Diário da República Portuguesa.** Lisboa, 3 dez 2018. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/117202785/details/maximized>. Acesso em: 13 jan. 2019.

RIBEIRO, I. et al. Avaliação da radiação espalhada e do impacto dos dispositivos locais de proteção em laboratório de cardiologia intervencionista. **Revista Brasileira de Cardiologia Invasiva**, v. 24, n. 1–4, p. 38–43, 2017.

VAZ, P. Radiological protection , safety and security issues in the industrial and medical applications of radiation sources. **Radiation Physics and Chemistry**, v. 116, p. 48–55, 2015.

A tutela dos direitos de propriedade industrial pela responsabilidade civil no direito português[622]

The protection of industrial property rights by civil liability in the portuguese law

Pedro Luiz Marcon[623]
Universidade de Lisboa

Sumário: 1. Introdução. 2. Diretiva 2004/48/CE. 3. Código de Propriedade Industrial. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Este artigo trata da relação entre a tutela dos direitos de propriedade industrial e o instituto da responsabilidade civil, sendo que esse liame tem ganhado cada vez mais importância econômica no atual cenário de globalização, uma vez que há crescente tendência de se buscar a proteção dos direitos relativos às criações, invenções e desenvolvimento de tecnologia, que são uma vertente importante do direito de propriedade intelectual.

Devido a necessidade de interromper a sua costumeira e progressiva violação, este estudo aborda especificamente as questões relativas ao melhoramento da tutela dos direitos de propriedade industrial, que englobam (i) direitos que incidem sobre os sinais distintivos de comércio; (ii) direitos sobre criações intelectuais; e (iii) direitos *sui generis* sobre outros bens incorpóreos[624].

Além da infração dos direitos de propriedade industrial ser reiterada mundialmente, ela traz consigo o desincentivo aos investimentos financeiros na área de direito intelectual como um todo e, por isso, a responsabilidade civil desempenha importante papel na criação de mecanimos para inibição e punição de qualquer prática de terceiro que viole o direito de propriedade industrial, conforme endossam os considerandos da Diretiva Comunitária nº 2004/48/CE[625].

---

[622] O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao relatório apresentado no curso de Direito de Propriedade Industrial do mestrado em Direito Comercial Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação dos Professores Dário Moura Vicente e Luís Manuel Teles de Menezes Leitão.

[623] Mestrando em Direito Comercial Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: pedromarcon@hotmail.com

[624] VICENTE, Dario Moura. A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual. Almedina, 2008. p.11

[625] Em especial, os considerandos 1, 2 e 3, sendo a redação deste último: "(...) sem meios eficazes para fazer respeitar os direitos da propriedade intelectual, a inovação e a criação são desencorajadas e os investimentos reduzidos. Assim, é necessário assegurar que o direito material da propriedade intelectual, hoje em grande parte decorrente do acervo comunitário, seja efectivamente aplicado na Comunidade."

Apesar da problemática em referência atingir os direitos de propriedade industrial de forma abrangente, o escopo do presente estudo é uma análise da responsabilidade civil tutelando os direitos industriais em Portugal, sempre em paralelo com o direito comunitário europeu que impacta profundamente na legislação portuguesa.

Com relação aos diplomas legais internacionais ligados ao presente tema, trataremos mais amplamente a Diretiva Comunitária nº 2004/48/CE, a qual trouxe alterações importantes relativas à instalação de medidas protetitvas aos direitos de propriedade industrial ao direito comunitário europeu, em especial ao Código de Propriedade Industrial.

A partir desse encadeamento de ideias, o presente trabalho buscará, essencialmente, trazer as problemáticas da transposição da Diretiva para o Código de Propriedade Industrial e quais as controvérsias enfrentadas pelos critérios de arbitramento de indenização por perdas e danos do Código de Propriedade Industrial no caso de infração de direitos de propriedade industrial.

2. Diretiva 2004/48/CE

A Diretiva trata a respeito do "combate contra a pirataria e a contrafacção na UE alargada" e ficou conhecida pelos doutrinadores do direito comunitário europeu como "*Enforcement Directive*"[626], foi criada para trazer uma harmonização aos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, devendo estes fazer a sua transposição para a legislação nacional, o que não é uma responsabilidade de fácil cumprimento para os legisladores.

No caso de a Diretiva não ser transposta ou ser adaptada de forma inadequada para o ordenamento jurídico interno, ela pode adquirir efeito direto, podendo o particular solicitar a sua aplicação em caso de uma violação de seu direito de propriedade industrial[627].

Assim, houve a necessidade da transposição da Diretiva 2004/48/CE para o ordenamento jurídico português, ensejando a alteração do Código de Propriedade Industrial e, também, do Código do Autor de direitos conexos. Esta Diretiva prevê a obrigatoriedade de os Estados-Membro adotarem certas medidas, procedimentos e recursos tidos por necessários[628].

No tocante especificamente à responsabilidade civil, a Diretiva impõe duas fórmulas de valoração da indenização que podem ser escolhidas pela autoridade judicial com uma lógica de

[626] LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A Transposição da Directiva 2004/48/CE sobre a Aplicação Efectiva dos Direitos de Propriedade Intelectual Efectuada pela Lei 16/2008, de 1 de abril. Direito da Sociedade da Informação, publicação APDI, VIII, Coimbra, 2009. p. 282

[627] QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia. Almedina, 2013. p. 362.

[628] VICENTE, Dário Moura. A Tutela internacional da Propriedade Intelectual. Editora Almedina: Coimbra, 2008. p. 123-124.

alternatividade[629], conforme o seu artigo 13º. Há, portanto, duas maneiras para que a indenização seja adequada ao efetivo prejuízo suportado pelo lesado.

Conforme a redação do caput e o entendimento da professora Adelaide Menezes Leitão, o que se está buscando é uma indenização "adequada" ao dano sofrido pelo violado e não "correspondente" ao prejuízo[630], o que dá margem ao julgador valorar o montante da reparação sob diversos critérios.

A primeira fórmula corresponde à quantia relativa aos prejuízos suportados pelo lesado, levando-se em consideração os lucros cessantes, os danos não patrimoniais e os lucros obtidos pelo infrator.

Já a segunda fórmula tem somente aplicação quando for difícil determinar o valor do prejuízo, devendo-se levar em conta as remunerações mínimas e os direitos que teriam sido auferidos se o infrator tivesse solicitado a autorização para uso do sinal distintivo ou da invenção.

No entendimento da professora Adelaide Menezes Leitão[631], a segunda fórmula existe diante da dificuldade de realizar uma prova concreta do dano e é uma alternativa de escolha da autoridade judicial, o que entendemos ser um fator positivo por conceder maior autonomia para a decisão do juiz.

Em termos gerais, apesar de a Diretiva não ter como objetivo dar caráter punitivo às legislações internas dos Estados Membros, conforme prevê o seu considerando nº 26[632], como os elementos não estão totalmente definidos, o juiz pode se utilizar de argumentos como a gravidade da infração e o grau de culpabilidade do agente para definir a indenização.

Segundo o professor Menezes Leitão, aqui, portanto, poderia ser configurado o *punitive damages* do *Commom law*[633], havendo a possibilidade de ser arbitrada uma indenização superior ao dano.

De acordo com os moldes da Diretiva, a ilicitude da conduta já basta para comprovar o dano a ser indenizado, uma vez que é suficiente que o agente tenha motivos razoáveis para saber que o ato praticado era ilícito, presumindo-se, assim, os danos[634].

---

629 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A Transposição da Directiva 2004/48/CE sobre a Aplicação Efectiva dos Direitos de Propriedade Intelectual Efectuada pela Lei 16/2008, de 1 de abril. Direito da Sociedade da Informação, publicação APDI, VIII, Coimbra, 2009. p. 293.

630 LEITÃO, Adelaide Menezes. O Reforço da Tutela da Propriedade Intelectual na Economia Digital através das Ações de Responsabilidade Civil. Revista do Direito Industrial, Vol. VII. Almedina,2010. p. 251.

631 LEITÃO, Adelaide Menezes. O Reforço da Tutela da Propriedade Intelectual na Economia Digital através das Ações de Responsabilidade Civil. Revista do Direito Industrial, Vol. VII. Almedina, 2010. p. 252.

632 Considerando (26) "(...) *trata-se, não de introduzir a obrigação de prever indemnizações punitivas, mas de permitir um ressarcimento fundado num critério objectivo que tenha em conta os encargos, tais como os de investigação e de identificação, suportados pelo titular."*

633 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A Transposição da Directiva 2004/48/CE sobre a Aplicação Efectiva dos Direitos de Propriedade Intelectual Efectuada pela Lei 16/2008, de 1 de abril. Direito da Sociedade da Informação, publicação APDI, VIII, Coimbra. 2009. p. 293.

634 LEITÃO, Adelaide Menezes. O Reforço da Tutela da Propriedade Intelectual na Economia Digital através das Ações de Responsabilidade Civil. Revista do Direito Industrial, Vol. VII. Almedina, 2010. p. 254.

3. Código de propriedade industrial

No tocante à Portugal, especificamente, apesar de haver um novo Código de Propriedade Industrial aprovado em 2018[635], este não alterou as disposições relativas à indenização por perdas e danos que são resultado da transposição da Diretiva em reforma anterior que ocorreu por meio da Lei nº 16/2008 de 01 de abril.

Assim, no tocante à responsabilidade civil, o atual Código de Propriedade Industrial ainda adota o mesmo método de valoração da indenização desde 2008, o qual foi considerado inovador, uma vez que divergiu do disposto na Diretiva.

Nesse cenário, o Código de Propriedade Industrial traz duas fórmulas para cálculo da indenização sendo que na primeira, disposta nos itens 2, 3 e 4 do artigo 347º do Código de Propriedade Industrial, são levados em consideração os seguintes vetores: danos emergentes e lucros cessantes sofridos pelo lesado, lucro obtido pelo infrator, os encargos suportados com a proteção, investigação e cessação da conduta lesiva do direito, bem como a receita resultante da conduta ilícita do infrator e os danos não patrimoniais sofridos pelo lesado.

No entendimento da doutrina portuguesa[636], a redação da fórmula é confusa, pois há a previsão de muitos critérios a serem avaliados pelo juiz, sem a indicação de como devem ser aplicados e qual o grau de importância que deve ser concedido a cada quesito.

Apesar da maior autonomia concedida ao julgador, devido à extensa quantidade de critérios de valoração da indenização, entendemos que a falta de parâmetros previstos para cada critério traz consigo a insegurança e a disparidade das decisões judiciais.

De acordo com a segunda fórmula, disposta no item 5 do artigo 347º do Código de Propriedade Industrial, sua aplicação somente ocorre se, cumulativamente, houver impossibilidade de fixar a indenização de acordo com a primeira fórmula, bem como, o lesado não se opor à sua aplicação.

De forma subsidiária, a autoridade judicial deve calcular a indenização com equidade, no patamar mínimo das remunerações que teriam sido auferidas se o infrator tivesse solicitado a autorização para explorar os direitos de propriedade industrial, cumulada com os encargos suportados com a proteção, investigação e cessão da conduta lesiva do direito.

---

635 Esse novo diploma transpõe para a ordem jurídica interna duas diretivas da UE no âmbito das marcas (Diretiva (UE) n.º 2015/2436, de 16 de Dezembro) e dos segredos comerciais (Diretiva (UE) 2016/943, de 8 de Junho).

636 GERALDES, Antonio Santos Abrantes. Violação de Direitos Industriais e Responsabilidade Civil. Revista de Direito Industrial. Vol. VIII. Almedina, 2012.p. 123 e 127. TRIGO, Maria da Graça. Responsabilidade Civil por Violação de Direito Intelectual. Revista Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendim. Lisboa, 2012. p.541.

Cabe aqui trazer à discussão, o fato de que acreditarmos que a Diretiva foi transposta de uma forma equivocada ao regime jurídico português[637], pois concedeu ao lesado o poder de escolher se quer ou não a aplicação da segunda fórmula.

Na mesma linha do entendimento do professor Menezes Leitão[638], essa subsidiariedade vai de encontro ao que dispõe a Diretiva. Imagine-se a situação em que o lesado não quiser que a fórmula subsidiária seja aplicada, qual poderia ser a solução adotada pela autoridade judicial para calcular o montante indenizatório?

Não restará alternativa ao julgador senão voltar a julgar conforme as diretrizes do Código Civil português, como aduz a professora Maria da Graça Trigo[639], o que claramente não é a finalidade que perseguiu a alteração de 2008 do Código de Propriedade Industrial, com intuito de transpor os objetivos da criação da Diretiva.

De forma contrária, a Diretiva prevê alternatividade, em nenhum momento levantando a hipótese de subsidiariedade, portanto, para que a transposição tivesse sido feita de forma acertada, deveria haver livre escolha da autoridade judicial em relação às fórmulas de indenização.

No nosso entender, a transposição da Diretiva ao Código de Propriedade Industrial não foi realizada da forma ideal pelo legislador, principalmente pelo fato de que o juiz perdeu a sua independência de julgamento ao ter que solicitar que a parte que teve lesado o seu direito de propriedade intelectual, concorde com a aplicação de uma fórmula prevista em lei.

Além disso, outra incoerência na transposição, segundo Adelaide Menezes Leitão[640], é que não há previsão de presunção de dano, segundo a redação do artigo do Código de Propriedade Industrial que removeu a parte "sabendo-o ou tendo motivos razoáveis para o saber" do artigo 13º da Diretiva, o que pode trazer dificuldade na prova do dano a ser indenizado.

Ainda, no item 6 do artigo 347º do Código de Propriedade Industrial também há inovação do legislador à revelia da Diretiva, uma vez que houve, ao nosso entendimento, implementação na lei dos danos punitivos[641], diante da possibilidade da cumulação de critérios, caso a conduta do agente violador tenha sido gravosa ou reiterada.

---

637 LEITÃO, Adelaide Menezes. O Reforço da Tutela da Propriedade Intelectual na Economia Digital através das Ações de Responsabilidade Civil. Revista do Direito Industrial, Vol. VII. Almedina, 2010. p. 252.

638 LEITÃO, Adelaide Menezes. O Reforço da Tutela da Propriedade Intelectual na Economia Digital através das Ações de Responsabilidade Civil. Revista do Direito Industrial, Vol. VII. Almedina, 2010. p. 252.

639 TRIGO, Maria da Graça. Responsabilidade Civil por Violação de Direito Intelectual. Revista Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendim. Lisboa. 2012. p.542.

640 LEITÃO, Adelaide Menezes. O Reforço da Tutela da Propriedade Intelectual na Economia Digital através das Ações de Responsabilidade Civil. Revista do Direito Industrial, Vol. VII. Almedina, 2010. p. 255.

641 TRIGO, Maria da Graça. Responsabilidade Civil por Violação de Direito Intelectual. Revista Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendim. Lisboa. 2012. p.545.

4. Conclusão

Como exposto anteriormente, os direitos de propriedade industrial são incorpóreos e constituem o direito do titular de explorar exclusivamente o sinal distintivo ou a invenção.

Como atualmente, diante da globalização e da tecnologia, as violações desses direitos são cada vez mais frequentes, o que prejudica o funcionamento do mercado, cabe aos órgãos legislativos tutelarem esses direitos de forma efetiva para coibir a violação.

É esse importante papel que possuem a Diretiva e a sua transposição para o Código de Propriedade Industrial que trouxeram avanços à proteção dos direitos de propriedade industrial à época.

Neste artigo, tecemos críticas à forma falha com que a Diretiva foi transposta ao ordenamento português anteriormente, o que se manteve no novo Código de Propriedade Industrial, ficando transparente a dificuldade de estruturação do raciocínio objetivo e subjetivo do julgador ao tentar definir quais os critérios a serem adotados e o grau de interferência de cada um.

Em especial, a subsidiariedade entre as fórmulas de valoração da indenização, concedendo, ainda, a faculdade do lesado de optar por aceitar ou não a sua aplicação pela autoridade julgadora, constituem erros graves na internalização da Diretiva para o sistema jurídico de Portugal, que deveriam ser sanados quando da elaboração do novo Código de Propriedade Industrial, sob pena da fragilização da independência do juiz.

Entretanto, há flagrante importância no caráter punitivo que a responsabilidade civil adquiriu com essa transposição para coibir a violação, bem como punir o infrator, que em nosso entendimento são mecanismos válidos para tentar reduzir a violação aos direitos de propriedade industrial.

Inclusive, há a previsão de cumulação de critérios em caso de reiteração e conduta gravosa do infrator, o que parece trazer a figura do *punitive damages* à esfera da responsabilidade civil no direito de propriedade industrial no ordenamento jurídico português, o que representa, em nosso ver, um avanço do Código de Propriedade Industrial.

Nesse cenário, na nossa visão, a introdução do meio punitivo ao infrator é necessária, uma vez que há grande dificuldade de prova do dano e é necessário que esse tipo de prática seja coibido.

Até por esse mesmo fato, entendemos ser adequada a presunção de dano disposta na Diretiva, que foi transposta de forma incompleta para o Código de Propriedade Industrial, o que persiste na nova versão de 2018.

Conclui-se, portanto, que a legislação portuguesa tem erros e acertos e que deveria ser reformada para que a responsabilidade civil preserve mais amplamente os direitos de propriedade

industrial e, consequentemente, para que a produção intelectual se mantenha em desenvolvimento e em maior segurança jurídica.

Bibliografia

GERALDES, Antonio Santos Abrantes. Violação de Direitos Industriais e Responsabilidade Civil. Revista de Direito Industrial. Vol. VIII. Almedina, 2012.

LEITÃO, Adelaide Menezes. O Reforço da Tutela da Propriedade Intelectual na Economia Digital através das Ações de Responsabilidade Civil. Revista do Direito Industrial, Vol. VII.Almedina,2010. pp. 239-264.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. A Transposição da Directiva 2004/48/CE sobre a Aplicação Efectiva dos Direitos de Propriedade Intelectual Efectuada pela Lei 16/2008, de 1 de abril. Direito da Sociedade da Informação, publicação APDI, VIII,. Coimbra, 2009. pp.281-293

QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia. Almedina, 2013.

TRIGO, Maria da Graça. Responsabilidade Civil por Violação de Direito Intelectual. Revista Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendim. Lisboa, 2012.

VICENTE, Dário Moura. A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual. Almedina, 2008.

A indisponibilidade do crédito tributário: obstáculo à arbitragem no Brasil? uma análise luso-brasileira

The unavailability of the tax credit: an obstacle to arbitration in Brazil? a portuguese-brazilian analysis

Francisco Nicolau Domingos[642]
Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa

Carlos Henrique Machado[643]
Universidade Federal de Santa Catarina

Sumário: 1. Delimitação do objeto de estudo. 2.A indisponibilidade do crédito tributário e a arbitragem. 3. Admissibilidade da arbitragem tributária pelo ordenamento jurídico brasileiro. 4. A indisponibilidade do crédito tributário representa verdadeiramente um obstáculo jurídico à previsão da arbitragem pelo ordenamento brasileiro? 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. Delimitação do objeto de estudo

A possibilidade de as partes da relação tributária decidirem voluntariamente submeter a apreciação da legalidade de atos tributários à decisão de árbitros externos à orgânica do Estado vedaria, para alguns, o recurso à arbitragem tributária. Isto é, o princípio da indisponibilidade do crédito tributário seria um obstáculo intransponível à positivação do instituto.

Ainda assim, o legislador português, assumindo um notável pioneirismo, legitimou pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro (RJAT), a arbitragem no Direito Tributário. Esta solução vence, por assim dizer, um mito recorrente nesta matéria que é o da indisponibilidade do crédito tributário.

Contudo, na ordem jurídica brasileira a compatibilidade da indisponibilidade do crédito tributário com a arbitragem ainda não se encontra plenamente assente.

[642] Doutor em Direito Tributário pela Universidade da Extremadura, com registo pela Universidade de Lisboa. Doutor Europeu. Professor Adjunto do Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (ISCAL), Instituto Politécnico de Lisboa. Investigador do Instituto Jurídico Portucalense. Árbitro em matéria tributária junto do CAAD. Correio eletrónico: fjdomingos@iscal.ipl.pt

[643] Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador do Programa PDSE/CAPES (Doutorado Sanduíche) no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP) do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Correio eletrónico: oab18157@gmail.com

Importa por isso, contribuir com esta análise luso-brasileira para a dilucidação da questão. Ou seja, perceber que é possível a previsão da arbitragem no domínio da tributação no Brasil, destacando-se, no trabalho, a análise do referido princípio.

2. A indisponibilidade do crédito tributário e a arbitragem.

A indisponibilidade do crédito tributário tem constituído para alguns um argumento para afastar a arbitragem do campo das relações tributárias. Tal conclusão justificar-se-ia, desde logo, pelo facto de a arbitragem constituir um método heterocompositivo de resolução de controvérsias, cuja base está na autonomia da vontade das partes, que decidem voluntariamente submeter uma questão litigiosa à decisão de árbitros externos à orgânica do Estado. Razão pela qual, submeter essa questão controvertida à arbitragem significaria dispor de elementos da obrigação tributária. Sintetizando esta posição afirma CALVO ORTEGA[644] que a: «…*arbitraje se presentaría así como una figura arriesgada para algo tan sagrado como la Hacienda Pública y sería visto con un cierto temor*». Em suma, a natureza *ex lege* da obrigação tributária é argumento para concluir que se encontram vedados à vontade das partes os elementos essenciais da obrigação tributária, que assim não podem dispor sobre esses elementos.

Mas, em bom rigor, como sustenta consensualmente a doutrina em que nos revemos[645], recorrer à arbitragem e dispor de elementos essenciais da obrigação tributária são realidades distintas que, como advoga CALVO ORTEGA[646], não devem ser sobrepostas. Com a utilização da arbitragem não se modifica nenhum desses elementos em resultado da vontade das partes, estas apenas pretendem fazer valer uma posição até ao final, não perante um representante da justiça togada, mas diante de um cidadão[647]. Ou, dito de outro modo, se uma decisão judicial dos tribunais do Estado não coloca em causa a validade do princípio, por maioria de razão, uma decisão arbitral produzida de igual modo com o direito constituído, também não o pode fazer[648].

Note-se ainda que o litígio já se encontra a jusante da definição da obrigação tributária pela administração, nos termos previstos na lei e, simultaneamente, como acrescenta SOUSA[649], não se vê como a administração fiscal poderia dispor de créditos que ainda não se encontram assentes, por ainda não terem decorrido os respetivos prazos de impugnação judicial. Em suma,

---

644 RAFAEL CALVO ORTEGA. En defensa del arbitraje tributario. Crónica Tributaria n.º 100/2001. Pág. 153.
645 DIOGO LEITE CAMPOS. A arbitragem tributária «A centralidade da pessoa». Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 50 e PAULA VICENTE-ARCHE COLOMA. El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta. Madrid: Marcial Pons, 2005. Pág. 53 e 54.
646 RAFAEL CALVO ORTEGA, En defensa del arbitraje…, ob. cit.., pág. 154.
647 Devemos esta ideia a DIOGO LEITE CAMPOS, A arbitragem tributária «A…, ob. cit., pág. 36 e 37.
648 DIOGO LEITE CAMPOS. A indisponibilidade dos créditos tributários e a arbitragem. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 2, n.º 1, 2009. Pág. 65.
649 JORGE LOPES DE SOUSA. Algumas notas sobre o regime de arbitragem tributária, Estudos em memória do Professor SALDANHA SANCHES, volume V. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. Pág. 122.

com o recurso à arbitragem, as partes não dispõem de quaisquer direitos, o seu objeto não é outro do que resolver definitivamente o dissídio, através da decisão arbitral.

Na verdade, a arbitragem não é utilizada, por vontade das partes, com o objetivo de disporem de elementos da obrigação tributária, mas, em substituição da impugnação judicial, para resolver alguns aspetos controvertidos com a administração, depois da prática do ato administrativo[650]. Afasta-se assim, o substrato da posição doutrinal que nega a legitimidade da utilização da arbitragem para resolver controvérsias de índole tributária, com o seguinte argumento, se as partes não têm poder de disposição sobre a obrigação material, também o não têm processualmente.

Todavia, repete-se, a definição da obrigação tributária encontra-se a montante do recurso à arbitragem, enquanto meio com aptidão para resolver um conflito emergente da relação tributária[651]. Ou, dito de outro modo, a arbitragem surge quando o conflito já viu a luz do dia e cujo debate as partes desejam que se produza, não perante um tribunal estadual, mas diante de um terceiro porsi escolhido. Por conseguinte, a utilização da arbitragem para dirimir controvérsias de natureza tributária apenas pressupõe a substituição da impugnação judicial pela resolução da controvérsia por um terceiro com sólida formação nas matérias tributárias, após a definição em concreto da obrigação tributária, sempre que exista um litígio sobre a atividade de determinação dos seus elementos.

Em suma, com a resolução da controvérsia, o Estado não está a dispor do crédito tributário, mas a encarregar os «cidadãos» da resolução, com igual responsabilidade em produzir uma decisão final, de acordo com os cânones normativos do nosso sistema tributário, isto é, com a mesma obrigação que qualquer juiz tem em administrar a justiça. E o problema não se coloca quando a controvérsia é resolvida pelos tribunais estaduais, pelo que, se a Constituição da República Portuguesa (CRP) equipara os tribunais arbitrais aos estaduais, a consistência da posição contrária fica em crise.

Em segundo lugar, a tal argumento acresce outro bem mais consensual, o princípio da indisponibilidade do crédito tributário não impede o recurso à arbitragem, apenas exige que exista habilitação legal prévia[652], na qual se estabeleçam com precisão as hipóteses, alcance e limites em

---

650 Como reconhece EDUARDO PAZ FERREIRA. A possibilidade de arbitragem tributária*,* A arbitragem em Direito Tributário – 1.ª conferência AIBAT – IDEFF (Org. por DIOGO LEITE CAMPOS e EDUARDO PAZ FERREIRA). Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 23.

651 Neste sentido, afirma PAULA VICENTE-ARCHE COLOMA. El arbitraje en el ordenamiento tributario…*,* ob. cit., pág. 54, que as partes não são titulares da obrigação tributária, ou dos seus elementos essenciais, têm apenas a faculdade de submeter a controvérsia a um órgão composto por árbitros com vasta experiência nas matérias que integram o nosso ramo de ciência jurídica.

652 ParaDIOGOLEITE CAMPOS, A arbitragem tributária – A…, ob. cit., pág. 36 e 37, a arbitragem tributária é admissível ainda que não se encontre expressamente prevista na lei a possibilidade da sua utilização para dirimir um conflito.

que é possível utilizar a arbitragem para resolver a controvérsia já existente com a administração tributária[653]. Esta previsão legislativa, com o respeito pelos princípios, prazos e garantias, tem a virtualidade de reforçar a legitimidade do instituto da arbitragem no domínio tributário, introduzindo uma nova etapa na justiça tributária, marcada pela igualdade entre o Estado e o contribuinte.

Por último, negar a possibilidade de após o surgimento do conflito as partes recorrerem à sua hetero composição, na modalidade de arbitragem, seria recuar na história do Direito Tributário, concluindo que no domínio das relações tributárias apenas cabe a autocomposição, isto é, só a administração se podia julgar a si mesma[654]. O próprio legislador reconhece que o recurso à arbitragem não envolve qualquer renúncia aos elementos essenciais da obrigação tributária, pois o tribunal arbitral conhecerá o mérito do litígio no plano da legalidade[655].

Em resumo, a nosso ver, a utilização da arbitragem não ofende o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, na medida em que só após a atuação unilateral da administração, através de ato, é que o contribuinte, que considera que o conteúdo deste contende com os seus direitos, opta por resolver tal litígio através da arbitragem. Isto é, a decisão do conflito tributário pelos tribunais do Estado, de acordo com o direito constituído, não coloca em causa o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, pelo que também o julgamento do dissídio com os mesmos parâmetros de legalidade nos tribunais arbitrais não o coloca. Aliás, este argumento tem implícita uma desconfiança quanto à possibilidade dos tribunais arbitrais puderem contornar os imperativos legais, receio esse que deve ser afastado pela obrigação de decisão com base no direito constituído e nas garantias de independência dos árbitros.

2. Admissibilidade da arbitragem tributária pelo ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a arbitrabilidade dos conflitos envolvendo as matérias tradicionalmente alocadas no terreno do direito público recebeu um opulento impulso com o advento da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que introduziu alteração importante no regime jurídico da arbitragem brasileira (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), passando a prever que "A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1º, § 1º).

653 RAMÓN FALCON Y TELLA, El arbitraje tributario*,* Convención y arbitraje (Coord. por GABRIEL ELORRIAGA PISARIK). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales – Marcial Pons, 1996. Pág. 259 e 260.
654 DIOGO LEITE CAMPOS, A arbitragem tributária «A…*,* ob. cit., pág. 50.
655Neste sentido, SAMUEL FERNANDES DE ALMEIDA. Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem em matéria tributária, Livro de Homenagem ao Professor SALDANHA SANCHES, volume V. Coimbra: Almedina, 2012. Pág. 383.

A afirmação explícita da arbitragem como umas das vias legalmente admitidas para a resolução dos litígios envolvendo a administração pública persegue uma diretriz política encampada pelo Estado brasileirona última década, corporificada na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe a respeito de um modelo inovador de política judiciária nacional voltado ao tratamento adequado dos conflitos de interesses.

O incremento legislativo no campo dos métodos (ou técnicas) alternativos de resolução de conflitos, desde então, tem-se demonstrado uma realidade constante, com significativos progressos nos sistemas processuais legislados.

No tocante à arbitragem, em especial, diferentemente do modelo jus político de Portugal, a Constituição Federal do Brasil não enuncia explicitamente a possibilidade de tribunais arbitrais, restringindo a estrutura do poder judiciário, no teor literal do texto constitucional, ao modelo clássico dos juízes e tribunais do Estado (art. 92). Por longo período de tempo, aliás, a doutrina brasileira, sobretudo fiscal, tratou de sustentar como *certeza* que a arbitragem não se confundia com a jurisdição[656].

Não obstante, a arbitragem penetrou na realidade jurídico-normativado Brasil, assumindo diferentes espaços e se consolidando, paulatinamente, como via alternativa *jurisdicional*, que agora desbrava caminho inovador em direção ao direito tributário. Não é de hoje, por outra perspectiva, que parcela da doutrina especializada tem-se esforçado em reconhecer a viabilidade jurídica da intervenção de tribunais arbitrais na solução de conflitos identificados com as matérias tributárias[657],já como um corolário elementar do art. 1º da Constituição Federal de 1988, consagrando o Brasil como autêntico Estado democrático de direito e, pois, pressupondo uma participação mais efetiva e colaborativa dos cidadãos-contribuinte sem domínios da atuação pública.

3. A indisponibilidade do crédito tributário representa verdadeiramente um obstáculo jurídico à previsão da arbitragem pelo ordenamento brasileiro?

Durante muitos anos, a ideia corrente na doutrina brasileira, naturalmente com reflexos importantes na produção legislativa, consolidou o entendimento de que a resolução dos conflitos

[656]Nesse sentido, consultar MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. pág. 129. *In*: SARAIVA FILHO, O. O. P.; GUIMARÃES, V. B. (Org.). Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário: Homenagem ao Jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

[657]Sobre o tema: CATARINO, João Ricardo, VARELLA, Leonardo, FILIPPO, Luciano Gomes. The Taxpayers' council as an alternative for resolution of tax conflicts: a previous history of tax arbitration in brazilian legal system? In: The Portuguese Arbitration Tax Regime. CAAD, Coimbra: Almedina, 2015. Ainda sobre o tema ver MARTINS FILHO, L. D.; ADAMS, L. I. L. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas normativas de lei autorizadora.*In:* SARAIVA FILHO, O. O. P.; GUIMARÃES, V. B. (Org.). ob. cit...p. 34. No mesmo sentido: SARAIVA FILHO, O. O. P. A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro. *In*: SARAIVA FILHO, O. O. P.; GUIMARÃES, V. B. (Org.). Transação e Arbitragem... ob. cit., pág. 78-81.

tributários por intermédio das vias alternativas, notadamente a arbitragem tributária, estaria excluída em consequência do princípio da legalidade e, paralelamente, do seu revérbero principal e indissociável, a indisponibilidade.

Em síntese, o posicionamento firmado pelos estudiosos da vanguarda fiscalista forjou um dogma sacralizado ao entorno da indisponibilidade, revelador de uma concepção que a administração tributária não poderia ceder em relação aos direitos que não lhe pertencem. Noutras palavras, relativamente aos direitos que a todos pertencem, não pode a administração pública dispor individualmente.

Essa realidade, irrefletidamente espraiada no campo tributário, refreou o debate sobre os métodos complementares de resolução dos conflitos no Brasil, que agora se reascende catapultado por exitosas experiências no âmbito do direito comparado. Os entraves associados à legalidade e à indisponibilidade, é preciso enfatizar, são temáticas superadas no âmbito do ordenamento jurídico português, cuja adoção da arbitragem tributária atingiu o *status* de realidade irrefreável[658],perseguindo caminhos semelhantes, por exemplo, em debates travados pela doutrina espanhola[659].

Em verdade, costumam ser apontadas por estudiosos, com razoável frequência, três objeções principais impeditivas da instituição da arbitragem em matéria tributária: a tradicional percepção da fiscalidade como um atributo da soberania do Estado, o princípio da legalidade e a problemática da indisponibilidade dos designados direitos públicos[660]. Precisamente em relação ao tema objeto da análise, cumpre de plano consignar que a indisponibilidade do direito/crédito tributário não representa um verdadeiro obstáculo à introdução da arbitragem, "mas apenas e simplesmente um impedimento à aplicação da arbitragem por recurso à equidade"[661].

Com a efetivação dos direitos e demais desígnios solenemente proclamados na Constituição Federal do Brasil de 1988, impõe-se reconhecer que a realidade tributária brasileira não é insuscetível de transformações, sendo razoável acreditar que os inovadores desafios oriundos da globalização, desintermediação, desmaterialização e deslocalização dos fatos tributáveis podem contribuir para mudanças mais profundas[662].

---

[658]Estatísticas sobre a arbitragem tributária podem ser consultadas em VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais. Guia da Arbitragem Tributária. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. Pág. 279.

[659]Sobre o tema, consulta COLOMA, Paula Vicente-Arche. El modelo de arbitraje tributario de Portugal y su posible traslación al Ordenamiento tributario español. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal: artigos, comentários de jurisprudência, recensões e crónica de actualidade. Lisboa, ano 10, n. 3 e 4, pp. 247-271, 2018.

[660]FERREIRA, Eduardo Paz. A possibilidade da arbitragem tributária. *In*: CAMPOS, Diogo Leite; FERREIRA, Eduardo Paz. (org.).A arbitragem em Direito Tributário... ob. cit. pág. 18-22.

[661]ROMÃO, Filipe. A arbitragem em Direito Tributário: Traços gerais. *In*: CAMPOS, Diogo Leite; FERREIRA, Eduardo Paz. (org.). A arbitragem em Direito Tributário... ob. cit. pág. 47.

[662]CATARINO, João Ricardo. Arbitragem no Direito Tributário: Um estudo de direito comparado sobre a sua admissibilidade e limites em Portugal e no Brasil, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, do Instituto de Estudos Financeiros e Fiscais, Faculdade de Direito de Lisboa, Ano V, nº 2, 2012. pp. 01-02.

É preciso destacar que a arbitragem tributária, caso venha a integrar eventual objeto de iniciativa propostiva *ad referendum* do Congresso Nacional brasileiro, não poderá em absoluto representar um cheque em branco aos tribunais arbitrais, capaz de legitimar toda e qualquer sorte de atução à margem de uma legislação substancial. Ao contrário –e o aprendizado obtido a partir da experiência comparada é valioso para contribuir nos avanços vindicados pelo ordenamento jurídico brasileiro –, a arbitragem tributária desenvolve-se nas estritas fornteiras da lei e do direito, vinculadamente circunscrita ao postulado da legalidade, sob pena de grave abalo, aí sim, para além do princípio da igualdade, também ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

É fundamenal perceber a mudança paradgmática de perspectiva na dogmática fiscal, assentada no reconhecimento de que o Estado não está a dispor do crédito tributário, senão que encarregar os próprios cidadãos da solução dos conflitos, munidos de idêntica responsabilidade para produzir uma decisão final, de acordo com os cânones do sistema tributário, nos mesmos moldes que qualquer juiz ou tribunal estatal[663].

Queda-se patente, pois, que a indisponibilidade do crédito tributário representa um obstáculo à implementação da arbitragem fiscal no ordenamento brasileiro. E por uma razão aparentemente muito simples: o reconhecimento dos tribunais arbitrais como estruturas integradoras da jurisdição.

Ora, sendo certo que os juízes e os tribunais do Estado detêm legitimidade inquestionável para aferir a legalidade e constitucionalidade de questões tributárias, vinculando a sua atuação aos limites do direito posto e demais regras de integração admitidas pelo ordenamento, não há quaisquer razões, logicamente sustentáveis, que possam impedir, por suposta ofensa à indisponibilidade, a intervenção autorizada dos tribunais arbitrais em temas tributários, igualmente no exercício do papel jurisdicional.

4. Conclusões

O princípio da indisponibilidade do crédito tributário não configura para o legislador português um obstáculo intransponível à arbitragem tributária, visto que só após a atuação unilateral da administração, através de ato, é que o contribuinte estima violado o seu direito subjetivo à correta aplicação da norma tributária e opta por resolver o litígio pela via arbitral.

Em bom rigor, se a decisão do conflito tributário pelos tribunais do Estado, de acordo com o direito constituído, não coloca em causa o princípio da indisponibilidade do crédito

[663]DOMINGOS, Francisco Nicolau. Os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos Tributários: Novas tendências dogmáticas. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016. p. 386.

tributário, pelo que também o julgamento do dissídio com os mesmos parâmetros de legalidade nos tribunais arbitrais não o coloca.

Nessa esteira, a arbitragem tributária no Brasil é uma temática que merece receber maior atenção por parte do legislador ordinário, quer pela inexistência de impedimento constitucional capaz de obstaculizar a sua implementação institucional, ou pelos resultados importantes que o regime tem apresentado no modelo precursor de Portugal.

Referências:

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE/CADILHA, CARLOS ALBERTO. Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, 2010.

ALMEIDA, SAMUEL FERNANDES DE. Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem em matéria tributária. Livro de Homenagem ao Professor SALDANHA SANCHES, volume V. Coimbra: Almedina, 2012.

CAMPOS, DIOGO LEITE. A arbitragem tributária «A centralidade da pessoa». Coimbra: Almedina, 2010.

CARRAZZA, ROQUE ANTÔNIO. Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos). São Paulo: Malheiros, 2012.

CATARINO, JOÃO RICARDO. Arbitragem no Direito Tributário: Um estudo de direito comparado sobre a sua admissibilidade e limites em Portugal e no Brasil. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, do Instituto de Estudos Financeiros e Fiscais, FADUL, Ano V, nº 2, 2012.

CATARINO, JOÃO RICARDO; FILIPPO, LUCIANO GOMES.L´arbitrato nel diritto tributario: stato attuale e prospecttive, From Public Finance Law to Tax Law. Studies in honor of ANDREA AMATUCCI, volume V. Bogotá-Napoli: Editorial Temis S.A. – Jovene Editore, 2011.

CATARINO, JOÃO RICARDO, VARELLA, LEONARDO, FILIPPO, LUCIANO GOMES. The Taxpayers' council as an alternative for resolution of tax conflicts: a previous history of tax arbitration in brazilian legal system? In: The Portuguese Arbitration Tax Regime. CAAD, Coimbra: Almedina, 2015.

COLOMA, PAULA VICENTE-ARCHE. El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta. Madrid: Marcial Pons, 2005.

COLOMA, Paula Vicente-Arche. El modelo de arbitraje tributario de Portugal y su posible traslación al Ordenamiento tributario español. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal: artigos, comentários de jurisprudência, recensões e crónica de actualidade. Lisboa, ano 10, n. 3 e 4, pp. 247-271, 2018.

DOMINGOS, FRANCISCO NICOLAU. A superação do dogma da incompatibilidade da arbitragem tributária com os princípios da legalidade, tutela jurisdicional efetiva e indisponibilidade do crédito tributário. Economic Analysis Law Review, volume 9, n.º 1, janeiro-abril. PP. 1-12. 2018.

_____, Os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários. Novas tendências dogmáticas. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.

EDUARDO PAZ FERREIRA. A possibilidade de arbitragem tributária*,* A arbitragem em Direito Tributário – 1.ª conferência AIBAT – IDEFF (Org. por DIOGO LEITE CAMPOS e EDUARDO PAZ FERREIRA). Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 23.

FRÍAS, ÁNGELES GARCÍA. Arbitraje tributario,Memorias das XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*,* Tomo 2, Quito: Equador, 2004. Pág. 140.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2012.

NABAIS, JOSÉ CASALTA. Reflexões sobre a introdução da arbitragem tributária. Revista da Procuradoria-Geral. Ano I, n.º 1. Pág 38. 2011.

ORTEGA, RAFAEL CALVO.En defensa del arbitraje tributario.Crónica Tributaria n.º 100/2001. Pág. 153. 2001.

SARAIVA FILHO, O. O. P.; GUIMARÃES, V. B. (Org.). Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário: Homenagem ao Jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TELLA, RAMÓN FALCON Y. El arbitraje tributario. Convención y arbitraje en el Derecho Tributario (Coord. por GABRIEL ELORRIAGA PISARIK), Madrid: Instituto de Estudios Fiscales – Marcial Pons, 1996.

VILLA-LOBOS, NUNO DE; PEREIRA, TÂNIA CARVALHAIS. Guia da Arbitragem Tributária. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

A superação da concepção de um regime jurídico administrativo uniforme no Brasil: consequência de uma realidade complexa

Gabriela Barrionuevo Bertochi dos Santos[664]
Universidade de São Paulo (USP)

Victor Silveira Martins[665]
PUC-SP

Sumário: 1. Introdução: A Complexidade do Direito Administrativo Atual. 2. A "maldição" do regime jurídico-administrativo único: uma decorrência da formação da teoria do Direito Administrativo brasileiro do século XX. 3. A superação da concepção de um regime jurídico administrativo uniforme. 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução: A Complexidade do Direito Administrativo Atual

O Direito Administrativo brasileiro apontou, nos últimos tempos, para novos rumos. Sem desmerecer os marcos cientificamente erigidos sobre a matéria até então[666], cujo tratamento no Brasil evoluiu especialmente a partir de meados do século XX[667], passou-se a questionar com maior ênfase muitos dos dogmas que de algum modo ainda determinam a disciplina em território brasileiro.

As transformações do Direito Administrativo decorrem, fundamentalmente, de um novo perfil que o Estado passa a assumir – no Brasil, em especial a partir dos anos 1990 – em um cenário de intenso processo de integração econômica, social e cultural (globalização). Neste quadro, para

[664] Doutoranda em Direito Internacional Privado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra. gabrielabbs@usp.br
[665]Bacharel em Direito pela PUC-SP. victorsmartins91@gmail.com
[666] Tratando das rápidas transformações notadas no âmbito do Direito Administrativo, Sabino Cassese pondera: "Estos rápidos cambiosproducen numerosas contradiciones. La primeraproviene de la circunstancia de que lastransformaciones no songenerales, ocurren por sectores, terrenos, zonas. Por elloelnuevoDerecho Administrativo convive conelviejo" (CASSESE, Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Espanha: Global Law Press, 2014, p. 370).
[667] Não se olvida que o Direito Administrativo no Brasil tem início ainda no século XIX, com os primeiros passos de uma Administração Pública independente, integrada ao sistema de divisão de poderes estabelecidos pela Constituição de 1824. No entanto, é pós-1930 que os estudos da matéria crescem em quantidade e destaque. É o que demonstra o levantamento realizado por Fernando Dias Menezes de Almeida em sua tese de titularidade defendida na Universidade de São Paulo. Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: QuartierLatin, 2015, p. 243)

além do aumento considerável das relações nas quais se envolve a Administração Pública[668], estas apresentam um grau de complexidade muito maior do que em outros tempos.

A questão é bem explorada por Eduardo Jordão, que analisa a complexidade que circunda a Administração Pública neste novo ambiente sob duas perspectivas: a complexidade material, que diz respeito ao próprio conteúdo que as ações administrativas passam a ter que conviver; e a complexidade institucional, no sentido de que cada vez mais há uma percepção que a Administração tende a descentralizar suas decisões, escapando, pois, de um modelo hierárquico e centralizado definido pelo sistema weberiano[669].

Diante desta nova realidade que cada vez mais se impõe, cresceu, no Brasil, novas frentes de análises do Direito Administrativo, como o Direito Administrativo Econômico, o Direito Administrativo Sancionador, o Direito Administrativo Ordenador, etc., com nuanças específicas a identificar perfis que podem possuir a mesma origem, mas inspiram aplicações diversas.

Ocorre, no entanto, que persiste, de modo geral, no Direito Administrativo brasileiro, uma perspectiva segundo a qual a disciplina apresenta-setoda escorada em um regime jurídico uniforme, que deve ser aplicado nas mais diversas situações envolvendo institutos deste ramo do Direito. Segundo esta compreensão, os princípios e regras jurídicas que conferem ao Direito Administrativo um perfil jurídico específico–marcadamente constituído por normas de direito público –são capazes de responder a todo e qualquer problema surgido no âmbito das relações administrativas, não sendo necessário, portanto, atentar-se de maneira mais ampla a especificidades setoriais da disciplina.

De todo modo, a ideia de um regime único, prevalecente no Brasil, tem explicações nas peculiaridades que historicamente determinaram a construção do Direito Administrativo brasileiro[670], sobretudo, como se disse anteriormente, a partir da década de 1930.

2. A "maldição" do regime jurídico-administrativo uniforme: uma decorrência da formação da teoria do Direito Administrativo brasileiro do século XX

A expressão "maldição" do regime administrativo uniforme não é inovadora. Ela foi pioneiramente lançada por Floriano de Azevedo Marques Neto. O autor aduz, em síntese, três

[668]É nesse período, por exemplo, que ganham relevo, no Direito brasileiro, novas fórmulas contratuais, determinados serviços públicos abrem-se à dinâmica da concorrência, exigindo do Poder Público uma complexa atuação regulatória e instrumentos de democratização da Administração pública que permitem o contato próximo entre administradores e administrados são criados, etc.

[669] Cf. JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Complexa – A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 34. Vide, também, neste sentido: MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 267.

[670] Para analisar a evolução histórica da formação da teoria do Direito Administrativo no Brasil, vide, por todos, MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*, p. 187.

fundamentos primordiais para a fixação da ideia que "amaldiçoa" o Direito Administrativo brasileiro: o metodológico, em razão da necessidade da demarcação de fronteiras do Direito Administrativo em relação a outros ramos do Direito; ii) a influência do Direito Administrativo de matriz francesa; e iii) os corporativismos, de diferentes propósitos, mas que se uniram no esforço de oferecer à disciplina uma visão única, sem se interessar por modulações de regimes que prejudicassem uma ou outra categoria corporativa[671].

De fato, as considerações são oportunas e explicam, na essência, as razões que levaram a concepção de um regime uniforme a ser aplicado em todas as instâncias onde está presente de algum modo o Direito Administrativo[672].

No Brasil, especificamente, a maneira rígida de compreender a disciplina ganhou forma mais exata após a década de 1930. Conforme se destacou anteriormente (vide nota de rodapé n.2), é nesse momento da história que o Direito Administrativo toma maior espaço na cena jurídica brasileira.

Isto ocorreu essencialmente por dois fatores indissociáveis. O primeirofoi o crescimento da presença da Administração pública nos domínios social e econômico, pelo que se nota a assunção, por parte do Estado, de uma série de atividades econômicas (atividades econômicas *stricto sensu* e serviços públicos), o que gerou a necessidade de se desenvolver uma estrutura administrativa mais robusta e equipada para o atendimento das demandas que passaram a surgir.

Constata-se, sem embargo, uma forte tendência de centralização do poder e o início da construção de um modelo burocrático de gestão pública. Sendo assim, os debates em torno do papel a ser desempenhado pelo Poder Público limitam-se àsestruturas internas da Administração, o que fica bem caracterizado pela expedição de diversos Decretos-lei dispondo de algum modo sobre Direito Administrativo (e mais precisamente sobre a organização interna da Administração).

Observe-se que nesse período, justamente pela concentração dos poderes decisórios nas mãos da Administração pública, não houve, de maneira geral, no Brasil, uma produção legislativa sólida que versasse sobre Direito Administrativo, o que, naturalmente, foi ponto fundamental de construção da teoria do Direito Administrativo desenvolvida ao longo do século XX no Brasil.

O segundo fator foi a retomada da influência francesa– a qual prevaleceu desde a Independência do país até o advento da República – em temáticas caras ao Direito Administrativo,

---

671 Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Do Contrato Administrativo à Administração Contratual". In: *Revista do Advogado*, Ano XXIX, nº 107 (coord. Sebastião Botto de Barros Tojal). São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2009.

672 Como crítica à visão circular de aplicação do regime jurídico administrativo, ainda que especificamente em matéria sancionatória, vide, por todos, VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil – Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 96 e ss.

sobretudo após a substituição do modelo de Estado inaugurado no período da chamada República Velha, com a Constituição de 1891, cuja inspiração teve fortes traços do Direito norte-americano[673].

O regresso da ascendência francesa na análise de institutos do Direito Administrativo ocorreu por diversas razões: para além de uma histórica proeminência dos contatos acadêmicos e filosóficos do Brasil com a França[674], evidentemente, houve, por trás desse redirecionamento do Direito Administrativo pátrio, uma perspectiva governamental da época interessada em garantir ao Estado uma posição de maior preponderância, justificando-se, destarte, a ideia de que ao Poder Público deve ser confiado poderes (ou prerrogativas, segundo a posição da Escola do serviço público francesa) de ação para a intervenção em determinados setores.

Nisto, as bases teóricas criadas na França serviram de mote para o surgimento de alguns paradigmas do Direito Administrativo brasileiro que foram se consolidando com o tempo – inclusive a ideia mestra da existência de um regime jurídico único administrativo.

É importante, neste passo, conquanto de modo bastante resumido, explicar o contexto de propostas teóricas desenvolvidas na França no início do século XX. Ocorrera naquele país um intenso debate a respeito das funções do Direito Administrativo e como o ordenamento jurídico confere os meios para a atuação administrativa. Opõem-se nesse embate teórico duas grandes escolas: a escola da *puissance publique* e a escola do serviço público.

A escola da *puissance publique*, em breve síntese, sob a liderança de MauricieHauriou, registra preocupação maior com os meios utilizados para o alcance das finalidades do Direito Administrativo. Daí as análises dessa escola teórica estarem centradas, fundamentalmente, nos poderes consentidos à Administração para o cumprimento das finalidades impostas pelo ordenamento jurídico. Nesta ordem de ideias, diz-se que o regime jurídico de direito administrativo é – e só ele – o meio necessário para o atingimento de finalidades de interesse público.

A escola do serviço público, por seu turno, em sua formulação original no início do século XX – em que se destacam as figuras de León Duguit e, na sequência, Gaston Jèze–,momento no qual o Estado passa a mudar o seu perfil e se envolve mais enfaticamente com a prestação de serviços públicos (*lato sensu*)[675], admitia que ao Poder Público fossem atribuídas determinadas

[673]Exemplo mais marcante do momento de aproximação do Direito Administrativo brasileiro com posições desenvolvidas no direito norte-americano foi a extinção do Conselho de Estado criado no início do período imperial e o maior empoderamento concedido ao Poder Judiciário no controle da Administração Pública (ainda que de maneira bem menos contundente da hoje observada no Brasil). Esta proximidade tambémficou marcada pela concepção de serviço público que prevaleceu durante a Primeira República. Por todos, Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. *A Noção de Serviço Público em Regime de Competição*. 2011. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo.

[674] Vide, por todos, MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. A *francofonia*e o direito brasileiro: a contribuição do francês para moldar a academia e as instituições jurídica. In: MENEZES DE ALMEIDA, F.D.; ZAGO, M.F. *Direito Público Francês: Temas Fundamentais*. São Paulo: QuartierLatin, 2018, p. 433-449.

[675]Serviço público, aqui, não deve ser entendido apenas como aqueles de natureza econômica, mas como todos os serviços de alçada do Poder Público: saúde, educação, segurança, saneamento básico, energia, comunicações, etc.

prerrogativas quando este estivesse na função da prestação de um serviço público (*lato sensu*). Trata-se de uma escola que dedica especial foco à finalidade do Direito Administrativo, qual seja, nesse caso, a de prestar serviços públicos.

Isto importa em reconhecer que não há uma preocupação nas propostas desta escola com os meios que permitem a prestação desses serviços. O regime incidente sobre as relações administrativas a serem constituídas variará conforme a necessidade daquele serviço a ser prestado. Segundo esta posição, portanto, não haveria um regime jurídico administrativo, mas vários, moldados a um serviço público em particular.

No Brasil, a despeito das influências da escola do serviço público – que moldaram muitos institutos do Direito Administrativo brasileiro, sobretudo o contrato administrativo (de maneira um pouco controversa, é verdade[676]) –, prevaleceu os ditames enunciados pela escola da *puissance publique*, altamente marcadapela ideia de soberania[677], e, por conseguinte, pela existência de um regime jurídico administrativo típico a reger as relações do poder estatal e os administrados.

De todo modo, a introdução ao Direito Administrativo brasileiro de concepções tipicamente francesas produziu uma série de peculiaridades, ensejando, desta forma, uma visão ainda mais concentrada na ideia da definição do Direito Administrativo a partir de um regime jurídico específico do que aquela erigida na França.

Várias foram as razões para as peculiaridades que passaram a determinar muito do que ainda hoje existe nos entendimentos acerca do Direito Administrativo no Brasil. Dentre estas razões, algumas merecem destaque.

Em primeiro lugar, o quadro institucional do Brasil era bem diferente do existente na França, em especial no que concerne à existência, no país europeu, de um sistema de dualidade de jurisdições (judiciária e administrativa), ao passo que o Direito Brasileiro passou a conviver, como se anotou acima, desde o fim do Império, com o modelo de jurisdição única (judicial). Este é um dado fundamental: a partir dos trabalhos desenvolvidos pela justiça administrativa (Conselho de Estado da França), o Direito Administrativo francês foi forjado pela prática jurisprudencial e, portanto, ainda que diferente do modelo da *commomlaw* (tinha como objetivo criar o Direito, e não o dizer), essencialmente apoiado em precedentes.

Neste ponto, se existiu, em algum momento, no Direito Administrativo francês, a idealização de um regime jurídico administrativo uniforme, o sistema de precedentes tendeu a mitigá-lo pela análise de casos concretos, que reclamavam abordagens diversas. O Direito

676 Vide, por todos, MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: QuartierLatin, 2012, p. 146 e ss.
677 Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*, pp. 120-121.

Brasileiro, por seu turno, tinha – e ainda tem – como marca fundamental a intensa produção legislativa na definição de institutos jurídicos de maneira abstrata[678].

E aí entra em cena outro ponto fulcral da consolidação da ideia de um regime jurídico administrativo uniforme: consoante se adiantou acima, não houve, no Brasil, basicamente em todo o período compreendido entre as décadas de 1930 e 1980, produção legislativa consistente em matérias de Direito Administrativo (a título de exemplo, a primeira lei a tratar do tema de licitações e contratos administrativos no Brasil foi promulgada apenas em 1993 – Lei nº 8.666/1993).

Havia, neste sentido, um vácuo de fontes do Direito Administrativo brasileiro. Inexistiam produção jurisprudencial e legislativa nesta matéria – no máximo, regulamentações *internacorporis* da Administração. Com efeito, este espaço foi preenchido pela doutrina, cuja base de apoio e informações não era o Direito brasileiro, mas justamente um Direito alienígena (o francês).

Vale dizer, replicou-se no Brasil uma construção teórica do Direito Administrativo tipicamente francesa, moldada ao quadro jurídico-institucional existente na França, mas deveras estranho à realidade brasileira. Ademais, sendo a doutrina basicamente a única fonte do Direito Administrativo, o conteúdo por ela produzido assumiu verdadeiro caráter dogmático, uma vez que não havia modulações quanto a aplicações da disciplina em casos concretos realizadas por uma instituição que organicamente se colocava na Administração pública[679].

Em resumo, o Direito Administrativo brasileiro de meados do século XX consolida-se a partir de formulações genéricas, deduzidas fundamentalmente por integrantes da doutrina, com afirmações da realidade concernentes Direito Administrativo francês, que, por sua vez, diferentemente do caso brasileiro, moldou-se a partir de exames de casos concretos no âmbito do Conselho de Estado. Destarte, não havia exatamente um modelo pronto francês, mas apenas algumas diretrizes calçadas em precedentes, que tendiam a mitigar aplicações baseadas em princípios gerais, algo que não foi seguido na construção do Direito Administrativo pátrio.

Sem embargo, naturalmente outra coisa não era de se esperar que o Direito Administrativo brasileiro caminhasse para uma noção unitária de regime jurídico, cuja unidade se dá em torno de princípios essenciais[680].

3. A superação da concepção de um regime jurídico administrativo uniforme

A construção teórica em torno da tese da existência de um regime jurídico administrativo criou severas distorções na produção científica do Direito Administrativo brasileiro.

---

[678]Sobre as diferenças entre os sistemas de direito ao longo da história, vide, por todos, FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013, pp. 29-57.
[679]Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 30.
[680]Neste sentido é a posição de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo.* 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p.55.

Isto, pois a análise rígida a respeito da forma como a Administração deve atuar tendeu a tornar as ações administrativas menos eficientes, ainda mais diante das complexidades que tomam conta do Direito moderno. Consoante pondera Floriano de Azevedo Marques Neto, o problema não está em admitir a existência ou não de um regime jurídico específico que orienta as relações estabelecidas pelo Poder Público; o problema "é pretender submetê-lo, em cada seguimento do Direito Administrativo, a um único regime, a um único e uniforme tratamento"[681], quando a realidade mostra a necessidade de tratamentos diversos, flexíveis, que permita uma melhor atuação administrativa.

De todo modo, é certo que este modo de encarar o Direito Administrativo tem sofrido críticas mais contundentes. O processo de legiferação de matérias atinentes ao Direito Administrativo (iniciado sobretudo a partir dos anos 1990, após o advento da Constituição de 1988) –muitas vezes tratando de institutos de maneira diversa ao que propunha a doutrina[682]– tem demonstrado que o tratamento jurídico uniforme de matérias do Direito Administrativo tende a perder espaço.

Servimo-nos da análise de instituto importante: a concessão. Se antes a concessão (gênero) era entendida a partir de paradigmas aplicáveis a todo e qualquer relacionamento concessório entre o Poder Público e particulares – que lembrava o tratamento conferido ao instituto no início do século XX –, hoje já se observa uma tendência de analisar determinados pactos concessórios de acordo com as peculiaridades setoriais que lhes são impingidas, afinal não tem como se afirmar um modelo único para tratar das concessões dos setores de energia, de petróleo, de comunicações, transportes, dentre outros[683] diante de uma série de diferenças existentes na regulação setorial e na modelagem de exploração destas atividades.

4. Conclusão

A complexidade que tomou conta das relações envolvendo a Administração pública reclamam cada vez mais um modo de atuação que mira a eficiência em benefício dos administrados nos mais diversos setores (social, econômico, cultural). Com efeito, a concepção de uma Administração pública guiada por um regime jurídico único, além de apresentar duvidosa base cientifica, consoante se observa a história de formação desta ideia, revela-se inconsistente diante

[681]MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Do Contrato Administrativo à Administração Contratual". In: *Revista do Advogado*, Ano XXIX, nº 107 (coord. Sebastião Botto de Barros Tojal). São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2009.

[682] É o que aponta Jacintho de Arruda Câmara a respeito do instituto das autorizações vinculadas. Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, A.S..; MARQUES NETO, F. A. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 619-633.

[683]Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, cap. IV.

do crescimento de atividades administrativas (administração prestadora, sancionadora, reguladora, etc.) das mais diversas naturezas e com elevados graus de complexidade.

Não se está a defender que não incide um dado regime jurídico sobre as mais variadas atividades desempenhadas pela Administração pública moderna; mas, por outro lado, não há como admitir que exista um regime jurídico administrativo estanque, distante das complexidades atuais. A bem da verdade, são vários os regimes jurídicos passiveis de aplicação em matéria de Direito Administrativo, sendo necessário que o atendimento do interesse público não se concentre nos meios atribuídos à Administração para satisfazê-lo (até porque, na realidade atual, não se pode olvidar que a Administração não é mais a detentora exclusiva desta missão), mas, sim, na finalidade demandada em cada caso concreto, independentemente do regime jurídico incidente.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

CASSESE, Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Espanha: Global Law Press, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Complexa – A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Do Contrato Administrativo à Administração Contratual". In: *Revista do Advogado*, Ano XXIX, nº 107 (coord. Sebastião Botto de Barros Tojal). São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2009.

_____. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias.; ZAGO, Marina Fontão. *Direito PúblicoFrancês: Temas Fundamentais*. São Paulo: QuartierLatin, 2018

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: QuartierLatin, 2015.

_____. *Contrato Administrativo*. São Paulo: QuartierLatin, 2012.

SCHIRATO, VitorRhein. SCHIRATO, VitorRhein. *A Noção de Serviço Público em Regime de Competição*. 2011. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo.

Liberdade de imprensa x direito à imagem: uma análise luso-brasileira atual

Freedom of the press x image right: a current luso-brazilian analysis

Gabriellen da Silva Xavier do Carmo[684]

Universidade de Lisboa

Sumário: Introdução. 1. Do Direito à Liberdade de Imprensa. 2. Do Direito à Imagem. 3. Distinção entre Princípios e Regras. 4. Da Colisão Entre a Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem. 5. O Método de Ponderação. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo realizar a análise do conflito entre direitos fundamentais, especialmente ao que tange à colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à imagem nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

Preliminarmente ao exame da colisão entre os referidos direitos fundamentais em si, se faz necessário discorrer acerca da estruturação das normas jus fundamentais através da teoria dos princípios.

Pensadores do Direito de várias gerações esmiuçaram a temática dos Direitos Fundamentais para que fosse possível o desenvolvimento de uma estrutura apta para aplicação dos referidos direitos em casos específicos. Assim, desenvolveram a teoria de que os direitos fundamentais deveriam ser denominados como princípios, tendo em vista que são de natureza axiológica, podendo se dizer que estes possuem uma característica pós-positivista e que não deveria existir hierarquia entre eles. Após tal concepção, se depararam com a colisão entre os direitos fundamentais.

Atualmente, ainda é estudado o conflito entre direitos fundamentais, em especial a liberdade de informação e o direito à imagem, considerando-se que a liberdade de imprensa há tempos vem notoriamente se expandindo em razão dos avanços tecnológicos e, também por isso, o direito à imagem vem sido notado pelo Poder Público, que tem buscado formas de tutelá-lo. Desta forma, é essencial que a academia discuta acerca do referido embate, tendo em vista que

[684] Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas: Direitos Fundamentais Universidade de Lisboa. e-mail: gabriellencarmo@gmail.com. Contato telefônico: +351968229170.

nesta celeuma estão envolvidos princípios essenciais para a sociedade em geral e para os particulares, isto porque a liberdade de imprensa e o direito à imagem estão pautados no princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, ao defrontar-se com o conflito entre princípios essenciais para a coletividade, o Judiciário, em casos concretos, utiliza-se do juízo de ponderação para resolução desse conflito.

O método de ponderação é constituído pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que instrumentalizam a ponderação de cada direito fundamental em conflito, a depender do caso em pauta.

Para responder os vários questionamentos em relação ao tema apresentado, na presente pesquisa realizada é utilizada como técnica de produção de pesquisa a análise documental, através de bibliografia especializada, bem como a legislação apropriada.

1. Do direito à liberdade de imprensa

O direito fundamental à liberdade de imprensa é a possiblidade de um ou mais indivíduos se utilizarem do acesso à informação em suas inúmeras formas e em todos os meios de comunicação existentes sem que haja intervenção estatal.

A Constituição de 1988, atualmente vigente no Brasil, entre os artigos 220 a 224 trata especificamente da Comunicação Social. Este capítulo traz à baila temas de relevância para todos quando discorre acerca da liberdade de imprensa, censura, liberdade de expressão, livre concorrência e a propriedade das empresas jornalísticas.

Sendo assim, a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso IV, e artigo 220, resguardou a liberdade de manifestação do pensamento. Ao que se refere de forma específica à liberdade de imprensa, esta mesma Carta disciplina claramente em no parágrafo primeiro do artigo 220 que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV".

Ainda, o diploma legal brasileiro soberano se mostra firme em relação à proibição de censura explicitando em seu artigo 5º, inciso IX, que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" e em seu artigo 220, parágrafo segundo, que "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística". Portanto, o Direito brasileiro não admite a criação de qualquer espécie normativa instituindo censura.

Porém, se de um modo a Constituição tupiniquim veda a censura, de outro modo abre a possibilidade de serem realizados alguns tipos de controle dos meios de comunicação, mormente da TV, disto podemos citar i) o controle administrativo, disposto no artigo 21, inciso XVI; ii) o controle judicial, que se encontra no artigo 5º, inciso 35, e artigo 223, parágrafo 5º; iii) o controle social e a auto-regulação feita pelas próprias emissoras, conforme dispõe o artigo 224.

Atualmente, inexiste no Brasil, uma lei infraconstitucional que regule especificamente a liberdade de imprensa. Houve anteriormente a Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 que tratava da liberdade de manifestação de pensamento e informação, porém, ela não foi recepcionada quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 em razão de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Com a sua revogação, decisões a esse respeito passaram a depender de decisões judiciais, caso a caso, devidamente fundamentadas, como quaisquer outras, na Constituição Federal.

Em Portugal, a liberdade de imprensa está assegurada nos artigos 38 e 39 da Constituição da República Portuguesa atualmente vigente. O texto constitucional português é claro em garantir a liberdade de imprensa logo no primeiro item do artigo 38 e após discorre acerca das implicações desta liberdade em termos de liberdade de expressão, criação e orientação por parte dos profissionais de comunicação social, o direito deles ao livre acesso à informações e o sigilo delas, a divulgação, a livre criação e independência de órgãos de comunicação social e demais obrigações em relação à existência de um serviço público de rádio e televisão.

Logo, no artigo 39, a Constituição da República Portuguesa, ao tratar sobre a Comunicação Social expõe que cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social: a) O direito à informação e a liberdade de imprensa; b) A não concentração da titularidade dos meios de comunicação social; c) A independência perante o poder político e o poder económico; d) O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais; e) O respeito pelas normas reguladoras das atividades de comunicação social; f) A possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião; g) O exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política.

No Direito Português a regra legal infraconstitucional que versa como Lei de Imprensa é a Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro de 1999. Esta Lei portuguesa de imprensa reafirma a liberdade, o conteúdo, os limites, dentre outros, e também prevê a regulação pela competência legal a cargo da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, que é uma entidade autônoma da República Portuguesa, com sede em Lisboa, que visa supervisionar e regular os órgãos de comunicação social como a rádio, televisão, imprensa, entre outros, cumprindo o disposto no artigo 39, '1', da Constituição da República Portuguesa.

Esta Lei de Imprensa também atribui responsabilidade civil e penal em razão de atos cometidos por meio da imprensa em publicações que constituam ofensa dos bens jurídicos protegidos pelas disposições incriminadoras e exclui a responsabilidade criminal todos aqueles que, no exercício da sua profissão, tiveram intervenção meramente técnica, subordinada ou rotineira no processo de elaboração ou difusão da publicação contendo o escrito ou imagem controvertidos.

A mesma lei portuguesa, em seu artigo 33, dispõe acerca do "atentado à liberdade de imprensa" dispondo que será punido com pena de prisão de 3 meses a 2 anos ou multa de 25 a 100 dias aquele que, fora dos casos previstos na lei e com o intuito de atentar contra a liberdade de imprensa: a) Impedir ou perturbar a composição, impressão, distribuição e livre circulação de publicações; b) Apreender quaisquer publicações; c) Apreender ou danificar quaisquer materiais necessários ao exercício da atividade jornalística. Ainda, se o infrator for agente do Estado ou de pessoa coletiva pública e agir nessa qualidade, é punido com prisão de 3 meses a 3 anos ou multa de 30 a 150 dias, se pena mais grave lhe não couber nos termos da lei penal.

2. Do direito à imagem

A Constituição Federal de 1988 garante a proteção do direito à imagem nos incisos 5, 10 e 28, do seu artigo 5º e oferece três concepções do direito: a imagem-retrato, que decorre da expressão física do indivíduo, a imagem-atributo, concernente ao conjunto de características pessoais apresentadas pelo sujeito perante a sociedade, e a proteção da imagem como direito do autor.

O Código Civil de 2002 tutela o direito à imagem em seu artigo 20. Este mesmo dispositivo, contudo, também faz alusão à reputação pessoal e ao direito à honra.

Antigamente, havia certa dúvida quanto à independência deste direito em relação a outros que lhe são conexos, como o direito à intimidade, à honra, etc, que acabam por ser lesionados também quando o direito à imagem é infringido. Porém, isso foi resolvido pela Carta Magna que ao fazer menção expressa a cada um desses direitos e assim atribuiu-lhes autonomia.

No Direito Português, a Constituição da República Portuguesa é menos detalhista em relação ao direito à imagem do que a Constituição Federal Brasileira, pois ela apenas faz uma breve menção a este direito no artigo 26º, de título "outros direitos pessoais", conferindo literalmente a todos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

Em contrapartida, o Código Civil vigente em território português dispõe de título próprio para tratar do direito à imagem e ele se encontra no artigo 79, onde em 3 itens discorre somente sobre o que a doutrina brasileira conhecida denomina como "imagem-retrato".

3. Distinção entre princípios e regras

Em suma, considere-se que ambas as Cartas Magnas são compostas por normas e estas normas podem ser normas-regras ou normas-princípios. Norma é gênero, da qual podem ser extraídas espécies normativas, que são os princípios e as regras.

No caso da liberdade de imprensa e do direito à imagem, sendo estes direitos fundamentais, possuem natureza de princípios.

Por terem natureza principiológica os direitos fundamentais possuem forte conteúdo axiológico, ou seja, são carregados de valores dentro do ordenamento jurídico. Já as regras, estas dispõem sobre determinado fato e quando este ocorre ela incide, quando o fato não ocorre a regra que o regula não incide.

Tratando-se de antinomia jurídica convencional em relação às regras o conflito deve ser resolvido considerando-se a cronologia da norma, a especialidade desta e a hierarquia. Ou seja, lei posterior prevalece sobre norma anterior, lei especial prevalece sobre norma geral, lei superior prevalece sobre lei inferior.

4. Da colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à imagem

Tanto o ordenamento jurídico português quanto o brasileiro preveem todas as garantias à personalidade do homem, desde a dignidade, a intimidade, a liberdade, entre tantos outros já consagrados na legislação. Contudo, o Direito está intimamente ligado a uma construção social humana, sofre constantes mudanças, assim como a sociedade.

Vive-se atualmente a era da tecnologia, diante disto, surgem diversos conflitos, ligados à intimidade humana e a exposição na mídia.

Nessa esteira, cabe dizer que as notícias de cunho de interesse social, ainda que seja proveniente do direito coletivo à informação, encontram restrição diante da intimidade na esfera privada quando se trata do direito particular do indivíduo.

Da interpretação literal do artigo 220, §1º, pode-se entender que qualquer conflito que houvesse entre a liberdade de imprensa e o direito à imagem prevaleceria a liberdade de imprensa. Aí nos deparamos com algumas das questões que deram origem ao presente trabalho: sendo ambos direitos fundamentais, com status de princípios, pode um se sobressair a outro, considerando que

não existe hierarquia entre direitos fundamentais? Portanto, qual seria a forma de resolver esses conflitos? Adentramos então ao cerne da pesquisa, o Método de Ponderação.

5. Do método de ponderação

Robert Alexy leciona que todos as normas-princípios possuem o mesmo peso e valor e em caso de colisão deve haver ponderação no caso concreto visando decidir qual princípio deve se sobrepor a fim de que haja justiça, porque não há resolução de conflito de princípios exterminando um deles, muito menos se estabelece uma regra de exceção, pela qual, em tese um princípio prevalece, mas que em certos casos pode prevalecer o outro.

Seguindo esta linha de raciocínio, havendo colisão entre princípios um deles deve ceder ao outro. Assim, a solução é consequência da dimensão de peso dos princípios colidentes considerando-se as circunstâncias da situação debatida pendente de decisão. Chama-se "lei de colisão".

A colisão, portanto, se resolve no caso em concreto, como critério deve ser utilizado o que melhor atenda a necessidade da sociedade ou da parte. Utilizando-se desse método, deve-se confrontar entre si de um lado a importância para opinião pública do tema em pauta, a seriedade e a intensidade do interesse na informação e, de outro lado, a espécie (esfera privada ou apenas profissional) e a gravidade do prejuízo causado ao bem da personalidade (modo deformado e injurioso da reportagem).

Assim, deve ser analisado, para cada conflito existente, o caso concreto, verificando se o sacrifício do direito à imagem de uma pessoa se impõe diante de determinada informação que, de alguma forma, se faça revestida de interesse social.

Não havendo tal interesse coletivo, não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo.

Com efeito, haverá menos conflitos entre liberdade de imprensa e o direito à imagem quanto mais responsável e ético forem os veículos de informação em difundir as matérias jornalísticas.

De outra forma, na ponderação, nada impede que o magistrado utilize-se de casos análogos para motivar sua decisão, ainda que se estabeleça a necessidade de sopesamento do caso em concreto. Afinal, jurisprudência é uma fonte de direito.

O juízo de ponderação importa na aferição do caráter ético das informações divulgadas, valendo-se, ainda, do exame de casos semelhantes de colidência ocorridos anteriormente.

Em síntese, este método não busca hierarquizar os princípios, mas se propõe a possibilidade de interpretação judicial nos casos concretos.

Considerações finais

Sendo Brasil e Portugal Estados que vivem uma realidade político-social que busca a concretização das liberdades civis fundamentais sob a influência de um movimento mundial em prol dos Direitos Humanos, a revogação de lei que censurava a liberdade de imprensa em tempos de ditadura brasileira, a promulgação lei que regula especificamente esta mesma liberdade em solo português, legislação civil e a existência de Cartas Constitucionais claramente garantidoras da mais ampla liberdade de imprensa e direitos da personalidade confirmam isto.

Não obstante, os ordenamentos carregaram-se de princípios, o que reclamou à doutrina mecanismos ou métodos que elucidassem soluções quando estes princípios se colidissem. Portanto, veio à tona discussões jusfilosóficas, chamando a atenção da doutrina sobre debates hermenêuticos e de argumentação forense em defesa de uma segurança jurídica.

Em decorrência disto, vários pensadores propõem o método de ponderação, como um mecanismo de solução desta problemática, que envolve a colisão de princípios.

Em síntese, este método não busca hierarquizar os princípios, mas se propõe a possibilidade de interpretação judicial nos casos concretos.

Na práxis, isso implica na apreciação do juiz, diante da proporcionalidade, em ponderar os direitos reclamados, mesmo que ambos amparados de legalidade, o juiz decida de forma equilibrada qual direito prevalecerá, baseando-se da melhor hermenêutica, dos fundamentos doutrinários, cuja argumentação jurídica melhor se aproxime dos axiomas relevantes na sociedade.

Por isso, o método de ponderação, enaltece as garantias fundamentais, dos princípios humanitários, diante dos abusos do Poder Público e das falhas normativas. Ainda, se faz determinante na construção jurisprudencial.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Revista de Direito Administrativo. Repositório FGV de Artigos e Revistas. Rio de Janeiro, 2004. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 18 fev. 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, out 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 07 jan. 2019

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

PORTUGAL**. Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro de 1999**. Lisboa, jan 1999. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=138&tabela=leis&so_miolo=> Acesso em: 07 jan. 2019.

GDPR compliance on the Blockchain: making Smart Contracts legal

José L. Pereira[685]
University of Minho, Portugal

Tiago A Marques[686]
University of Minho, Portugal

Sumarry: 1. Blockchain and Smart Legal Contracts. 1.1. Some technical questions: Block-chain-Block and the Smart Contract. 1.2. The Smart Contracts ruled by the law: Smart Legal Contracts. 1.3. Privacy in Smart Legal Contracts: Types of Blockchain. 2. Smart Legal Contracts: can the *Blockchain* technology be *GDPR* compliant?. 2.1. *GDPR*basic concepts. 2.1.1. Personal data. 2.1.2. Data processing. 2.1.3. Data Controllers and Data Processors. 2.1.4. Security of processing – Technical and organisational measures. 2.2. *GDPR* principles, Data Subject´s rights and*Blockchain.* 2.2.1. The Right of Erasure and the Right of rectification. 3. Final Considerations - A GDPR compliant Accident Insurance Smart Contract on *Blockchain.* 4. References.

1. Blockchain and Smart Legal Contracts

1.1. Some technical questions: Block-chain-Block and the Smart Contract

A Blockchain is a distributed ledger[687] , guaranteed by nodes[688], which record all the transactions executed between those nodes. The data inserted in the Blockchain is public, and cannot be modified or erased[689]. In short it is a distributed, transparent, immutable, validated, secured and private database.

It´s a distributed technology because it has a copy of every transaction in its nodes. Immutable because the transactions once registered in a block can't be modified or erased. Each transaction needs to be validated by the miners who are compensated for building the next secure block, giving transparency to the Blockchain.

---

[685]Law Degree and Masters student on Company and Contract Law University of Minho, Portugal. E-mail: joseel.pereira7@gmail.com

[686] tiagoalimamarques@gmail.com

[687]A database that is consensually shared and synchronized across multiple nodes

[688] A node can be any active electronic device, including a computer, phone or even a printer, as long as it is connected to the internet and as such has an IP address.

[689] Narumanchi, Harika and Emmadi, Nitesh. Reinforcing Immutability of Permissioned Blockchains with Keyless Signatures Infrastructure, 2017.

The Blockchain is also private due to the real identity of the peers of a transaction is hidden in the digital world since it is used a key address, made almost impossible to track its owner.

The main steps to understand the technical aspects of this technology are, first of all, what is a transaction: for example, we have the subject A exchanging data with subject B. This data can be anything: money, smart contracts, medical reports, a vote. Then it's necessary to write that agreement in a block. Each one collects all the transactions occurring in a specific time window and keeps a reference to the preceding block, permitting to the next block to attach to the previous one, creating the chain of blocks.

Encryption is also a very relevant characteristic of Blockchain technology. Each block is identified by a hash, a 256-bit number, created using an algorithm generated by the network. Only those who have the right key can decipher the hash translation. Here we have a practice problem: we need to give a key so the other peer[690] to open a cyphered message which we send to him. To solve this problem it was created a two keys system: one public key and one private. With the private key we can write, sign and send a encrypt message to another peer. To send the reply, the other side of the transaction sign it with is private key, cypher it, send it and give its public key. For the reason that the public key is connected with the private key, it´ll recognize the message signed by its private "sister" key. As a result, we can open a cyphered message. Although, since I don't have the other peer private key, we can't change or modify the message that the other parts sent, and vice-versa. With this, we can send, receive and open a cyphered message, while maintaining the privacy of what I send and what others send to me.

To guarantee the trust in what it is written in a Blockchain, a block needs validation in order to be added to the chain. The most common form of validation is through the process of mining.

Blockchain mining refers to miners trying to "solve the block", what they do by making and solving a mathematical problem, by trial error, until the solution satisfies the network target. This is called "proof of work" because correct answers cannot be falsified; potential solutions must prove that the appropriate level of computing power was drained in solving. The mathematic problem was specifically designed to limit the possibility for a malicious entity to manipulate the Blockchain by falsifying transactions. With this system the odds of an attack is almost zero, since adding a new corrupted block or modify a previously added block to the chain would require that 51% of the network participants agree with the modifications.

At the end, after the validation of the block, the transaction between subject A and subject B is stored. But instead of being stored in a centralized database, like the Internet data is, the

[690]A computer system on the network

Blockchain is spread over a network of computers (the "nodes"), each containing a local copy of the entire network, a chain of several blocks.

1.2. The Smart Contracts ruled by the law: Smart Legal Contracts

Smart contracts are self-executing contracts (generally saved on a Blockchain) whose terms are directly written into lines of code. "What allows a computer to read" the contract and in many cases carries out an instruction contained therein - hence the adjective "smart" of the contract - to verify, establishing as obligations, the applicable benefits and penalties, and proceeding to its execution. Theorizing the concept of Smart Contracts came about in 1994, when Nick Szabo first used this designation, defining it as *"a set of promises, specified in digital format, including protocols in which the parties deliver on these promises.* "[691]. Szabo's original idea for smart contracts was kept away for several years because there was no technology to implement it.

In 2009, with the emergence of Blockchain, it was possible to realize a limited form of Smart Contracts. Later, with the appearance of the Ethereum[692], it was time to decide how it was constructed, paving the way for them to become a way to establish agreements with specific contractual terms and execution.

The ascendance of this decentralized protocols, took to resurface the idea of the Smart Contracts and its ascending unique, being thought like a tool to increasing the speed and accuracy of business transactions, businesses with more efficient operations, and better, faster, safer and cheaper application of contracts. The technology has a number of advantageous features such as trading financial instruments, syndicated lending operations and securities settlement.

Integrating the original idea of Szabo into the new technological age of the Blockchains, however, proved to be more difficult than some foreseen. Nonetheless the benefits that can be drawn from the Smart Contracts, questions about its conceptualization and its enforceability[693], stand up. Other one of the main questions about smart contracts is its legal framing, or application of the law to them, which lead us to the question: when a smart contracts is recognized by law?

The main problem with this question is the fact that Blockchain technology, here including Smart Contracts, are a decentralized technology as mentioned before. They aren't controlled by any central institution like a Bank or Court, so a full open world with not so many rules beyond informatics and digital mechanisms ones.

---

[691]Szabo, Nick . Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets. 1996, available in http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html

[692]Dannen, Chris, Introducing Ethereum and Solidity – Foundations of Cryptocurrency and Blockchain Programming for Beginners. New York, 2017.

[693] Mik, Eliza.Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity. Singapure, 2017. available in http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3038406

With this we can have cases of contracts about the purchase of illegal objects like drugs or guns. And because of that feature it´s very difficult for a legal institution, to get access and have the power to enforce the law on it, or to resolve problems with origin in smart contracts, between the parties involved.

To solve this issue, there´re already many suggestions by some studies that recommend that a smart contract must be done under a lawyer review of its content, so it can be compatible with law. Or, in other cases, the Government can use a public Blockchain that can access the registered Smart contracts and so verify if it´s legal.

Some authors even say that smart contracts aren't really contracts so they don't need to be implicating in the law. Although, those who think that at least some Smart Contracts have to be compliant with the law, name it Smart Legal Contracts[694], being fundamental to, for example, receive the legal compensation for a flight delay.

1.3. Privacy in Smart Legal Contracts: Types of Blockchain

Understanding the implications of the Blockchain in our data requires to first clarify the role of our identity.

On the Blockchain, the technical process of information is based in a series of steps where the identification and verification of the identity are separate in layers[695]. Because of this we don´t have a system administration, but instead the validating node who verify if our identifier in a transaction is valid or not. Although they don't have access to our identity and can't change or delete our digital identifier in a Smart legal contract, they have access to it and can proceed with the verification.

There´s different types of Blockchain networks what can be classified by the level of privacy. The public and permission less Blockchain network where all nodes in the network see all data and the key address of who send it and receive it. There also networks that are public, so anyone can be a participating node, but permissioned which means that to be a validation node, it have to be permissioned to enter in the public Blockchain.

Private and permissioned Blockchain networks are also a possibility. In this type of network, not only the validation nodes need to be approved, but also the participation nodes, being also possible to establish rules that define who is able to access what data.

[694] A legal agreement written and executed through computer code
[695] Tapscott, Don and Tapscott, Alex. Blockchain Revolution. United Kingdom. 2016

In short, we can say that although the Blockchain technology allows to safely and privately send information like a smart legal contract, the system use to do the verification of our identifier in the network is not complete perfect and secure.

2. Smart Legal Contracts: can the *Blockchain* technology be *GDPR* compliant?

2.1. *GDPR* basic concepts

2.1.1. Personal data

It´s related with any information about a natural person that can be used to identify or at least be capable of identifying a natural person, directly or indirectly. Such information can be, for example: an identification number, location data, age, e-mail and others online identifiers, one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity .696But those are mere examples as the GDPR definition on personal data it´s not limited to the given examples, which making it important to have in mind that every data that can be used to directly or indirectly be used to identify on natural person is and should be considered as personal data.

2.1.2. Data processing

Consists in any kind of operation performed on personal data (GDPR, Article 4/2), either automated or non-automated, occurring in physical or digital means. It comprehends, for example, collection, organization, structuring, storage, adaption or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, restriction, erasure, of destruction of personal data.[697]

As examples of data processing: employers processing employees personal data for salaries payment, productive status, disciplinary procedures, tax issues; a doctor, nurse or other kind of health worker access to a patient clinic record; the insurance companies conservation of the clients communications on their personal health records, etc.

Such dispositions are not applicable if the data is being processed for purely personal or household activity by private natural individuals (GDPR, Article 2/2 c).

2.1.3. Data Controllers and Data Processors

There´s two important figures on the *GDPR* that must be distinguished for the sake of correct distribution of legal responsibility and therefore the compliance with the respective

[696] GDPR, Article 4/1

[697]Christos Giakoumopoulos, GiovanniButtareli, Michaeal O´Flaherty, Handbook on European data protection law,2018 Edition, Luxemburg, European Union for Publications Office of the European Union, April 2018, p. 97

obligations under personal data protection, as the violation of such law determines serious sanctions for either the Data Controller or the Data Processor.[698][699]

The Data Controller (GDPR, Article 4/7 and 24) is the natural or legal person who determines the purposes and the means of processing, whereas the Data Processor (GDPR, Article 4/8 and 28) is the natural or legal person who processes the data on benefit of the controller that must exercise control over the processing and who has obligation for this, including legal obligations. For example, the accountability company processing the salaries of the employees of a certain company would be the Data Processor, whereas the company would be the Data Controller.

It may happen often that two or more natural or legal persons determines together the purposes and the means of processing, whose in such case will share the same responsibilities as a Data Controller by being Joint Controllers (GDPR, Article 26).

In a *Blockchain* environment where we can find diverse actors, those who have the right to write on the chain and decide to send personal data for the miners to validate, the participants, can be considered Data Controllers. Miners do not define the means and the purposes of the processing, but do validate transactions containing personal data which makes them Data Processors that follow instructions given by the Data Controller.

2.1.4. Security of processing – Technical and organisational measures

The article 32 from the GDPR regulates this matter and it basically obligates both the Data Controller and Data Processor do adopt rules on security of processing personal data by implementing appropriate technical and organisational matters to prevent any unauthorised interference with data processing operations. [700]

To comply with such disposition, the Data Controller and the Data Processor should take in account the security features available in the market, the costs, the risks of processing for the fundamental rights and freedoms, their own dimension and what would be proportionally exigible accordingly. Such measures could include the pseudonymisation and encryption of personal data, the ability to ensure the confidentiality, availability, integrity, resilience of processing systems and services, the ability to restore the availability and access to personal data in a timely manner in the event of physical or technical incident, a process for regularly testing, assessing and evaluating the effectiveness of technical and organisational measures for ensuring the security of the processing.

[698] __, __, __, __ Luxemburg, European Union for Publications Office of the European Union, April 2018, p. 101
[699] Such responsibility is regulated by the article 24º to 36º of the GDPR
[700] __, __, __, __ Luxemburg, European Union for Publications Office of the European Union, April 2018, p. 165

2.2. *GDPR* principles, Data Subject´s rights and *Blockchain*

Article 5 of the GDPR lists a series of processing principles for personal data that are essential for the whole compliance, which means that it´s important to evaluate the compatibility of *Blockchain* technology with the referred personal data regulation. These principles cover the lawfulness, fairness and transparency, purpose limitation, data accuracy, storage limitation, integrity and confidentiality.[701]

Another truly important matter to take in account is the data subject´s rights: Right to be Informed (GDPR, article 12, 13, 14); Right of Access (GDPR, article 15); Right to Rectification (GDPR, article 16); Right to Erasure (GDPR, article 17); Right to Restriction of Processing (GDPR, article 18, 19); Right to Data Portability (GDPR, article 20); Right to Object (GDPR, article 21); Rights related to automated decision-making and profiling (GDPR, article 13 (2, f), 21, 22).

With so many principles and Rights obligations that the Controllers and Processors must comply with, the first thing to be done is the evaluation of the need of *Blockchain* technology and its consequences as part of the Privacy by Design and by Default obligations (GDPR, article25). Right after what must be done is a Data Protection Impact Assessment (hereafter referred as DPIA- GDPR, article 35), since *Blockchain* is a new technology and its nature may result in a high risk to the rights and freedoms of natural persons.

With different kinds of existing *Blockchain* networks, it´s safe to say that Private, permissioned *Blockchain* networks are the option that can better be applied for GDPR compliant purposes.

A first issue would be related with identifying the responsibilities of the actors involved on the Blockchain network. On a Private, permissioned *Blockchain* it would be easy to identify the role of each identity on the Blockchain as the network would be controlled by either consortiums of companies or government agencies that can and must define from the start who is the Controller (or Joint Controllers), the Processor and third parties.

The next issue is granting privacy to the personal data as a way of complying with the *GDPR*. Either on a public or private permissioned *Blockchain* network, data cannot be stored without becoming anonymised. Here it´s important that the anonymization technique is good enough to make it impossible to identify a natural person, making it impossible to reconstitute the original data from the anonymised form.[702]The techniques would thus turn the personal data into digital signatures cryptographically linked to the original data without revealing that data. The

[701]__, __, __, __ Luxemburg, European Union for Publications Office of the European Union, April 2018, p. 115
[702]Opinion 05/2014 on Anonymization Techniques, Article 29 Working Party.

original data would be stored outside the *Blockchain,* existing on it only as *hash* or other cryptographically symbol, meaning the only to see that personal data is having permissioned and rightful access to the server where it´s stored, only accessible to those who have de key to decrypt the data.[703]

As possibly applicable cryptographic techniques on recording data on the *Blockchain* there is for example reversibly encryption[704] or the hash generated by a keyed-hash function[705].[706]

The way data is registered on the Blockchain is crucial for the compliance with GDPR principles and to guarantee the Data subject´s rights.

2.2.1. The Right of Erasure and the Right of rectification

There is no concrete definition of what erasure actually means on the GDPR, although the normal interpretation would be the complete deletion of the data subject´s personal data. Such thing would be impossible on *Blockchain*, but the correct use of cryptographic techniques could help overcome this problem.

By taking the example of keyed hash function secret key, we can get a resembling result of the erasure of personal data. With the deletion of the keyed hash function´s secret key, proving or verifying which information has been hashed would no longer be possible, meaning that the hash becomes undecipherable and thus the hashed can´t been seen through it. In order for this right to be completely executed, the personal data must also be deleted where it´s stored in other systems outside the *Blockchain.*

Regarding the Right of Rectification of the personal data we must take into account what was referred about cryptographically techniques. The whole Blockchain technology is based on immutability of the data stored on it, meaning it can´t be modified. Taking this into account and using the example of the keyed hashed function´s secret key, to modify the personal data the Data Controller must delete the keyed hash function´s secret key, modify the personal data on the system where it´s stored outside the Blockchain, and generate a new keyed hash function´s secret key which will be stored on the Blockchain as a new nod.

---

[703] Michéle Finck, Blockchains and Data Protection in the European Union, p. 3, articleavailableon https://edpl.lexxion.eu/article/edpl/2018/1/6

[704] It involves encrypting personal data in such way it cannot be understood and only the person in possession of the encryption key can decrypt it.

[705]It basically consists into turning personal data in random and unique fixed length string of characters

[706] Tom Lyons, Ludovic Courcelas, Kem Timsit, Blockchain and the GDPR, 2018 Edition, ConsenSys AG, 16 October 2018,p.20

3. Final Considerations - A GDPR compliant Accident Insurance Smart Contract on *Blockchain*

In order to better understand the whole concept discussed on this paper we´re presenting a practical casa where it's demonstrated a possible GDPR compliant use of Blockchain technology by creating a whole legal environment with Smart Legal Contracts being automatically executed.

An Insurance Company (A) celebrates Insurance Smart Legal Contracts with a Construction Company (B) in order to insure and cover the damages caused to its employees (C) on work. A has a protocol with a private hospital (D) that deals with injured workers. An algorithm developer offers a solution to A in the form of Smart Contract that enables the workers of B to be automatically compensated for damages caused by a work accident, the developer would be qualified as a Data Processor, the insurance company and the employer company Joint Controllers, and the employee the Data Subject. The employee´s personal data would be stored on the servers of both A and clear text or pseudonymised data. A and B would use digital signature to sign the smart legal contract, use a keyed hash function´s secret key to encrypt the data contained on it, and then launch it on a private permissioned *Blockchain* network, being validated by miners contracted by the Insurance Company.

This *Blockchain* network has all it´s participants responsibilities previously defined. When an accident happens with a worker from company B, it would be participated to A by using the existing formulary on the Insurance Smart Contract containing the damaged worker personal data, then encrypted and launched to the Blockchain network where the miners (in the possession of the secret key) would validate the nod with the participation (with the participation it´s basically a "new contract" while the previous remains on the chain) which would make the Smart Contract to auto execute itself and schedule a medical appointment at D´s facilities.

The Doctor would have permissioned access to the Smart Contract (has the secret key) and would write the report on the said formulary, then encrypt and launch it to the Blockchain network where the miners would validate the nod making the smart contract auto execute itself, resulting that way in the worker´s compensation payment for being unable to work, the needed medical **care, and also on informing B of it´s employee incapacity to work.**

4. References

.Christos Giakoumopoulos, Giovanni Buttareli, Michaeal O´Flaherty, Handbook on European data protection law, 2018 Edition, Luxemburg, European Union for Publications Office of the European Union, April 2018

.Dannen, Chris, Introducing Ethereum and Solidity – Foundations of Cryptocurrency and Blockchain Programming for Beginners. New York, 2017.

.Michéle Finck, Blockchains and Data Protection in the European Union„ article available on https://edpl.lexxion.eu/article/edpl/2018/1/6.
.Mik, Eliza. Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity. Singapure, 2017. available in http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3038406
.Tapscott, Don and Tapscott, Alex. Blockchain Revolution. United Kingdom. 2016
.Tom Lyons, Ludovic Courcelas, Kem Timsit, Blockchain and the GDPR, 2018 Edition, ConsenSys AG, 16 October 2018.

Refugiados e migrantes: existe um direito a entrar?
Refugees and migrants: there is a right to enter?

Weder Lacerda[707]
Universidade do Minho, Portugal

Introdução. 1. Fronteiras, qual o seu sentido? 2. Migrantes e refugiados – Conceito. 3. Teoria Padrão – Teoria Sobre o Significado Moral das Fronteiras. 4. Teoria das Fronteiras Abertas. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

Introdução.

Uma sociedade pode ser reconhecida pelo seu tipo de governo, por sua identidade cultural, religião predominante, língua falada, limites geográficos, grupo ou comunidade ao qual faça parte. Atualmente os Estados são identificados principalmente, além das formas já citadas, por suas fronteiras.

Ao longo dos anos a história nos ensinou que as fronteiras foram criadas para estabelecer territórios, bem como, exercer o poder daqueles que bravamente lutaram até o fim para ali fazer jus a propriedade conquistada.

Além do sentido físico; geográfico, as fronteiras também exercem limites morais, pois, preservam ao máximo características que servem como uma identidade de um Estado.

O resultado de uma sociedade solidificada é uma boa governação, uma moeda de troca estável, direito e garantias fundamentais sendo asseguradas e leis sendo aplicadas.

Entretanto, quando algo surge e muda essa previsão de estabilidade, podendo ser uma catástrofe natural, ou algum tipo de crise, quer seja ela política ou financeira, isso faz com que o indivíduo que naquele país resida se questione acerca da possibilidade de migração para um país aonde possa exercer seus direitos de uma forma livre ou mais privilegiados.

Independente se o fato motivador, é a falta ou a existência de uma crise, ao cidadão que queira sair de seu país originário, quer seja, na figura de migrante ou de refugiado, existe algum direito resguardado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem que garanta o direito de entrar em um país estrangeiro?

[707]Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade do Minho – Braga, Portugal. Pós-Graduado (Especialista *"latu sensu"*) em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro, Brasil. Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de Rondonópolis – Mato Grosso, Brasil. Inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil pela Seccional Mato Grosso, OAB/MT 18.773.
E-mail: wederlacerda.adv@gmail.com.

1. Fronteiras, qual o seu sentido?

Fronteiras, também conhecida como, limites, demarcações, marco de divisões, dentre outros, são na verdade, muito mais do que uma mera divisão e unificação de pontos diversos, pois, determinam além de uma área territorial precisa de um país, a sua base física, política e cultural.

As fronteiras podem ser naturais, quando essas são demarcadas através de rios, lagos, mar, ou oceanos, geométricas ou arbitrárias, criadas por imposição de poder, resultante de guerras, tratados ou descobertas.

As delimitações além de territoriais, também são políticas, pois, através delas garante proteção aos seus estados, fazendo com que sejam visíveis a autonomia e a soberania desses perante os outros.

Desse modo, as fronteiras, ao mesmo tempo que delimitam espaços, também protegem Estados e acaba por criando identidades culturais.

Para Guarinello[708], "O conceito de "identidades" parece não ser suficiente para explicar a situação do império. O próprio conceito implica a criação de fronteiras. Deslocando-se de seu sentido óbvio e moderno (uma "linha" entre Estados), o conceito de 'fronteira' entra em um campo metafórico mais amplo para tentar suprir os diferentes processos sociais.

A identidade cultural e política de um país, nada mais é do que reflexos diretos do exercício das fronteiras.

Entretanto, é de suma importância salientar que as fronteiras nem sempre se demonstram de forma tão clara, pois é possível que exista ainda assim, dentro de um mesmo território uma diversidade cultural.

Guarinello[709] entende que a fronteira não é somente algo físico, e vai além dos aspectos de demarcação, e portanto, é complexa e merece atenção. Para tanto, entende que há uma divisão clara de fronteiras "define como primeira fronteira a natureza, que deve ser dominada e apropriada para que uma comunidade humana, segunda fronteira, possa sobreviver e reproduzir-se acumulando trabalho morto (terceira fronteira). E explica que a soma dessas fronteiras é a fronteira de poder. "

Ainda, essa fronteira resultante do poder pode, algumas vezes, refletir o momento atual ou até mesmo histórico de cada país. "No sentido externo dos problemas sociais, fronteiras de isolamento, de negociação, de cooperação e de conflito, definiam a integração entre diferentes comunidades. Enquanto essas fronteiras integravam o império externamente, constituíam-se novas fronteiras sociais internamente[710]."

[708]Guarinello, 2010, p.120.
[709]Guarinello, 2010, p.121.
[710]Guarinello, 2010, p.125

Desse modo, percebe-se que, as fronteiras vão além do limite geográfico, elas caracterizam uma identidade cultural e política de cada estado.

Entretanto, muito embora as fronteiras sirvam para impor limites geográficos a Estados, qual a sua real finalidade? As fronteiras têm aspectos físicos ou morais?

Para responder essas, dentre outras perguntas, é necessário fazer uma análise mais profunda sob uma ótica, não só jurídica, como também filosófica sobre o tema.

Superado o conceito físico de fronteiras, como limitação do espaço onde um indivíduo pode livremente circular, garantindo assim, um dos direitos fundamentais mais conhecidos universalmente, qual seja, o direito de ir e vir, regido pelo artigo 13º da Declaração Universal dos Direitos do Homem[711]. Vejamos:

> Artigo 13.º
> 1. Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.
> 2. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

Do artigo 13º, nº 1, verifica-se consagrado o direito de ir e vir dentro de seu próprio país, enquanto no nº 2, cita que ao indivíduo, assiste o direito de ir e vir para sair e/ou retornar ao país de origem, porém, não consagra nada a respeito de entrada em outro país.

Entretanto, abre uma lacuna jurídica, e que não se vê disposição nos próximos artigos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, acerca do direito de ingresso em país diferente do país de origem, sendo assim, como fica o direito de migrar?

É possível que um indivíduo tenha o direito de ingresso ou regresso ao seu país de origem, mas que a ele seja vedado o direito de ingresso a um país distinto do que tenha nacionalidade reconhecida? E, por exemplo, em caso de crise, seja ela política, cultural, financeira, ou um desastre natural, o direito do indivíduo que "necessita" de abrigo, agora como figura de refugiado, tem direito de ingresso em país distinto do que seja originário?

Antes de responder essas e outras perguntas, que aliás, é o tema central deste artigo, necessário se faz saber ao certo qual o conceito da figura do migrante e do refugiado.

2. Migrantes e refugiados– conceito

Desde os primórdios, a figura do homem andante, desbravador, sempre foi ponto motivador para novas conquistas, e é assim que a história foi acontecendo.

O homem, descobriu que era um ser pensante e que poderia ir além. Foi assim que, sabiamente previa o ataque, ou o fazia de forma planejada, foi vencendo guerras, desbravando

[711] Disponível em: <http://www.fpce.up.pt/sae/pdfs/Decl_Univ_Direitos_Homem.pdf> acesso em 18fev. 2019.

terras e ganhando território e, desse modo, conquistava tudo e ao mesmo tempo exercia o poder sobre os vencidos.

O direito de ir e vir, consagrado no artigo 13º da Declaração Universal dos Direitos do Homem permite com que, legalmente o indivíduo possa livremente circular dentro do país de origem, porém, o texto legal, não disciplina nada acerca da possibilidade de circulação desse mesmo indivíduo em país diverso daquele em que nasceu.

Quando, a mudança, quer seja ela para fins de trabalho, cultural, estilo de vida, estudos ou outros, é fato motivador para um indivíduo sair de seu país de origem para em outro ingressar, surge ai a figura do migrante.

É importante frisar que não há uma definição legal uniforme para o termo "migrante" em nível internacional[712]. No entanto, para a Organização Internacional para as Migrações – OIM, migração é "movimento de população para o território de um outro Estado ou dentro do mesmo que abrange todo movimento de pessoas, seja qual for o tamanho, sua composição ou suas causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desarraigadas, migrantes econômicos"[713].

Desse modo o termo migrante[714] "geralmente, abrange todos os casos em que a decisão de migrar é tomada livremente pela pessoa em decorrência (concernida) de "razões de conveniência pessoal" e sem a intervenção de fatores externos que a obriguem. Desta forma, esse termo se aplica às pessoas e a seus familiares que vão para outro país ou região com vistas a melhorar suas condições sociais e materiais, suas perspectivas e de seus familiares. "

Portanto, migrante é todo aquele que decide sair de seu país de origem, que, por algum motivo, decide mudar-se, com intuito de fazer morada em outro país.

Dentro da figura do migrante, existe a diferenciação daquele que deseja sair de seu país, sendo ele o Emigrante, e aquele que deseja entrar em país que não é de sua origem, o Imigrante.

É de todo oportuno salientar que ao Imigrante, não existe base legal de entrada em países diversos de sua nacionalidade, de modo que, nenhum país é obrigado a aceitá-lo. Entretanto, quando assim o faz, e de algum modo passa a lhe prestar assistência jurídica, lhe assegurando direitos, mas não o equiparando como nativo, surge a figura do refugiado.

---

712 A Convenção de 1990 sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias define o termo "trabalhador migrante". Ver também o Artigo 11 da Convenção da OIT de 1975 sobre Migrações em Condições Abusivas e Proteção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes (nº 143) e da Convenção da OIT de 1979 sobre Trabalhadores Migrantes (nº 97); assim como o Artigo 1 da Convenção Europeia de 1977 relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante.

713Conceitos básicos de migração segundo a organização internacional para as migrações – OIM. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/conceitos_basicos_de_migracao_segundo_a_oim.pdf> acesso em 18 fev. 2019.

714Conceitos básicos de migração segundo a organização internacional para as migrações – OIM, op. cit. pg.41.

Desse modo, Refugiado[715] é "pessoa que receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país" (Art. 1 (A) (2) da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, modificado pelo Protocolo de 1967)".

Para essas pessoas (refugiados), as situações em que vivem e enfrentam são, na maioria das vezes, tão perigosas e intoleráveis que, sentem-se obrigadas a cruzar as fronteiras nacionais, para buscar refúgio (segurança) em outros países. Quando, "abraçados" por outros países, os refugiados passam a ter acesso à assistência do país recebedor, bem como do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

Já expostos e superadas as figuras dos migrantes e dos refugiados, passamos então a analisar o ponto principal do presente artigo, qual seja, existe um direito a entrada dessas pessoas a países dos quais não são originários, ou seja, não são nato ou naturalizados?

Atualmente, existem duas teorias que discorrem acerca das fronteiras e da imposição legal ou humanitária que elas criam, sendo elas: a Teoria Padrão, teoria essa que afirma que há um significado moral nas fronteiras e por isso devem ser respeitadas e; a Teoria das Fronteiras Abertas. Vejamos melhor o significado de cada uma dessas teorias, bem como os doutrinadores que as defendem.

3. Teoria padrão – teoria sobre o significado moral das fronteiras.

A Teoria Padrão, ou como também é conhecida, a Teoria sobre o significado moral das fronteiras, defende o direito à soberania de cada Estado na entrada de pessoas.

É cediço que as fronteiras nasceram por causa das guerras, como limitação de território, através da imposição de poder, criaram Estados e acima de tudo tem garantido uma identidade cultural, bem como, conservado uma comunidade política. Importante frisar que, esta teoria segue uma linha comunista.

Adepto e defensor dessa teoria, Michael Walzer, autor do livro "Esferas das Justiças" em seu capitulo 2 "A Qualidade de Membro", trata da importância de manter as comunidades políticas.

Para Walzer, o poder político é uma espécie de bem, pois é a iniciativa reguladora dos bens em geral, sendo utilizado para defender os limites das esferas distributivas, inclusive a sua própria, bem como para impor interpretações comuns do que são bens e para que servem. E adverte, ainda, que é tirânico o uso do poder político para ter acesso a outros bens. "Neste (...) sentido, pode-se

[715]Conceitos básicos de migração segundo a organização internacional para as migrações – OIM, op. cit. pg. 60.

dizer, de fato, que o poder político é sempre dominante – nas fronteiras, mas não dentro delas. O principal problema da vida política é manter essa diferença fundamental entre 'em' e 'dentro de'. Mas é um problema que não pode ser resolvido por intermédio dos imperativos da igualdade simples[716]".

Segundo então Walzer, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, por falta de imposição legal, rege que não há o direito a entrada, porém, após a autorização de entrada por aquele país, sua permanência ali será regida por aquele país, uma vez que, as fronteiras fazem imposição moral.

Em exemplo disso aconteceu nos anos 60, século 20, onde houve maior movimentação de migração na Europa. Em suma, a migração se deu pela procura de mão-de-obra, porém, ao fim dos trabalhos que foram realizados dentro dos estados membros, os trabalhadores acabaram por ficar com o intuito de moradia, sendo então, submetidos a imposição do regime político e jurídico da União Europeia.

Walzer conclui que, "(...) As decisões políticas encontram-se diretamente permeadas por diversas posições morais, assim como a moral acha-se permeada pelas decisões políticas[717]."

Dessa forma, a Teoria Padrão, reforça que, as fronteiras, além de delimitar imposição geográfica também impõe significado moral, pois, preservam uma cultura, um governo e um povo. Por fim, sobre a importância de se fazer existir as fronteiras, para Walzer, "Os bons muros faz os bons vizinhos."

4. Teoria das fronteiras abertas

A Teoria das Fronteiras Abertas, adotada e defendida por Joseph Carens em seu livro Estrangeiros e cidadãos, o caso das fronteiras abertas, traduz que o cidadão, não só pode, como deve (no sentido de poder), andar livremente por onde quiser.

Carens desafia a teoria padrão, alegando que as fronteiras não têm valor moral, de modo que elas podem ser "mais abertas. "

"As fronteiras possuem guardas e os guardas possuem armas[718]", escreveu Carens fazendo jusa defesa moral da abertura das fronteiras nacionais. No entanto, ainda que como ponto central, entendesse que as fronteiras devem ser abertas, não deixa de abordara importância da sua existência.

[716]WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade, p. 18
[717]WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade, op. cit. p. 18.
[718] CARENS, Joseph H. Aliensandcitizens: the case for open borders. 49 Rev. Pol., 251, 1987

Aduz ainda que, não compete as comunidades politicas a decisão de "fechar" ou "abrir" as fronteiras, e justifica tal pensamento através de três argumentos, sendo eles: Argumento Igualitarista; Argumento Libertarista (Neoliberal); e Argumento Utilitarista.

Vejamos, como se explana melhor a ideia de Carens acerca da necessidade das fronteiras serem "abertas":

> 1)Argumento Igualitarista: Segundo este argumento, não se escolhe onde se nasce, de modo que não é possível uma escolha livre de uma nacionalidade, mas esse local tem influência depois nisso. Sendo assim, ninguém deve ser responsabilizado por onde nasceu, de modo que, "deve" poder ir e vir para onde quiser. É uma visão mais cosmopolita, reforçando a necessidade de Fronteiras Abertas com base no direito de ir e vir, sem punir nenhum cidadão por ter nascido em um país menos desafortunado ou que lhe menos favoreça.
> 2) Argumento Libertarista (Neoliberal): Segundo este argumento, cada cidadão deve ter o direito de escolha para contratar o que quiser e onde quiser, desde um local para trabalhar (emprego), até a aquisição de algo (imóvel) e ali demonstrar ânimo de se instalar. Acima de tudo, este argumento deve se prevalecer, pois privilegia a liberdade do indivíduo. Justifica ainda que, um mercado com mais liberdade, também é mais competitivo. A título de exemplo, este argumento favoreceria os brasileiros que tivessem o ânimo de procurar emprego e morar nos Estados Unidos da América, pois, público e notório é a preferência dos americanos pela mão de obra exercida pelos brasileiros, principalmente na área da construção civil ou limpeza de modo geral.
> 3) Argumento Utilitarista: Este argumento por sua vez, defende a maximização do bem-estar do cidadão. Segundo Carens, todos somos "Cidadãos do Mundo", e por esse motivo, se o indivíduo sair de seu país e adentrar em outro, e a ele for melhor, por que não autorizar? Não compete a uma comunidade política impor a forma com que cada pessoa pretende viver ou obrigá-la a ficar dentro de um regime político defasado ou viver em um país em crise. O que deve se prevalecer neste argumento é o direito de ir e vir.

Com base nos argumentos expostos, restou claro que a ideia de Carens é a de maximizar de forma universalizada o direito de ir de vir de cada cidadão. A teoria das fronteiras abertas vai além de facilitar a entrada, ela defende a ideia de locomoção, bem como o ânimo de ali fazer morada e, uma vez resguardado ou assegurado direitos desse sentido, não se perderia a importância de manter uma identidade cultural ou uma comunidade política.

4. Conclusão

As duas teorias, sendo elas a Teoria Padrão, a qual defende uma fronteira "fechada", e a Teoria das Fronteiras Abertas, a qual defende a extensão do direito de ir e vir, disciplinado pelo artigo 13º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, percebe-se que ambas possuem pontos relevantes a serem analisados e até debatido mais extensivamente.

Não se procura exaurir aqui o tema e muito menos não dar a devida importância acerca do direito de entrar, se é devido ou não.

No entanto, cabe agora expor nosso ponto de vista sobre qual teoria mais preserva os interesses do indivíduo sem ferir direito alheio ou comunitário. Nesse sentido, percebe-se que a teoria das Fronteiras Fechadas, ou Teoria Padrão, melhor se assentaria para preservar os interesses gerais.

É cediço a importância num plano universal da luta pelos direitos humanos, bem como, as guerras travadas para que no momento atual alguns direitos fossem resguardados por ordenamentos jurídicos próprios (Estados) ou a nível de proteção internacional.

O posicionamento atual neste artigo não busca contrariar pensamentos filosóficos ou jurídicos, mas, busca expor que, na realidade a busca pela maximização do bem comum se dá pela preservação do que é bom a todos em conjunto, mesmo quando uma minoria possa ser desfavorecida.

A teoria Padrão, nesse sentido, ao fechar as fronteiras permite um maior controle político, bem como mantém uma identidade cultural e acima de tudo reafirma a soberania de cada estado.

Não que a privação do direito de ir e vir além das fronteiras seja o ideal, na verdade está aquém daquilo que se busca como universalização dos direitos humanos, porém, diante da atual conscientização, a adoção de fronteiras abertas certamente causaria uma instabilidade financeira global e por esse mesmo motivo, outras guerras já foram travadas.

5. Referências bibliograficas

CARENS, Joseph H. Aliensandcitizens: the case for open borders. 49 Rev. Pol., 251, 1987.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Ordem, Integração e Fronteiras no Império Romano. Um Ensaio. Mare Nostrum, v. 1, p. 113-127, 2010.

WALZER, Michael. As esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins fontes, 2003.

Uma ação, um voto: hipótese ou postulado? Análise da aplicação do teto de votos às sociedades anônimas

One share, one vote: hypothesis or postulated?
Analysis of the application of the ceiling of votes to the corporate

Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa[719]
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sumário: Introdução. 1 O direito de voto dos acionistas e suas limitações. 1.1 Critério da unanimidade *versus* o da maioria.1.2 Tratamento igualitário dos sócios *versus* voto de capital. 2 A limitação ao exercício do direito de voto. 2.1 Os prós e os contras do voto de capital e das limitações a ele. 2.1.1 As consequências favoráveis à imposição da regra uma ação, um voto. 2.1.2 As consequências desfavoráveis à imposição da regra uma ação, um voto. Considerações finais. Referências.

Introdução

A expectativa de que o acionista tenha o direito elementar de participar da formação da vontade da sociedade por meio do exercício do voto nas assembleias gerais parece fazer, à primeira vista, muito sentido. A fórmula "uma ação, um voto" aproxima-se de maneira muito particular do princípio democrático, pelo qual o direito de votar e de ser votado se constitui em direito fundamental, mas não absoluto.

De fato, o direito comercial arvorou-se de noções e conceitos de direito público quando da construção do regime jurídico das deliberações de sociedades[720]. A expectativa de uma democracia societária, provavelmente, tem como causa essa origem. Todavia, os conflitos decorrentes do princípio maioritário, associado ao critério da proporcionalidade em relação à participação no capital, no seio da sociedade, notadamente da que explora empresa, se revelaram obstáculos praticamente intransponíveis para aplicação daquela noção de "uma ação, um voto" de forma geral e incontestável.

A rede de negócios que a empresa concentra, sobreleva interesses de variados matizes. Esses interesses são muitas vezes conflitantes. Particularmente com relação aos acionistas, a circunstância de a moderna sociedade anônima permitir a dissociação da propriedade do

[719]Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela UERJ. E-mail para contato: botelhocorrea@yahoo.com.br
[720] FURTADO, J. H. da Cruz Pinto. *Deliberações de Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21.

controle[721], é fonte inesgotável de controvérsias. Duas grandes ordens de problemas – ambas relacionada com o exercício efetivo do controle da propriedade acionária - partem na dianteira e se destacam por despertar maiores interesses – plenamente justificados, em razão da gravidade das questões que deles surgem.

A primeira ordem de problemas está relacionada à chamada teoria da agência. Esta respeita ao embate entre os acionistas e os administradores. A segunda trata da relação entre os acionistas, designadamente entre o acionista controlador ou grupo de controle e os acionistas minoritários.

A ordem de problemas relacionada à teoria da agência é percebida em mercados, nos quais a propriedade das ações é mais pulverizada. Foram exatamente em mercados de valores mobiliários como o dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, onde as sociedades têm o seu capital mais disperso, que principiaram as reflexões acerca da *corporate governance* ou, em termos mais compatíveis com o vernáculo, governação das sociedades comerciais[722].A principal causa desses problemas era o alheamento dos acionistas, que, isoladamente, não detinham força expressiva para influenciar as decisões da companhia e a atuação dos administradores que, sem a fiscalização dos acionistas, poderiam adotar condutas abusivas e prejudiciais à companhia e aos acionistas[723].

A outra ordem de problemas – que interessa mais de perto a este estudo – diz respeito aos embates ocorridos entre o acionista ou grupo de acionistas dominante ou controlador e os acionistas minoritários. Eles ocorrem justamente em razão do domínio que um ou um grupo de acionistas possui sobre a companhia e os eventuais abusos e ilícitos que são praticados.

Nesse contexto, ocuparam-se juristas, legisladores e entidades internacionais, governamentais e do mercado em tratar desse imbrincado problema. Entre os conflitos está o do pretenso primado da democracia societária erguida sobre o princípio maioritário, associado ao critério do voto proporcional à participação do acionista no capital, *versus* o direito de participação do acionista e os chamados direitos *ex ante* dos minoritários. O teto de votos se coloca justamente dentro da categoria dos chamados direitos *ex ante* dos minoritários e se constitui em importante medida de governação das sociedades comerciais.

---

[721]BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada.* Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1988, *passim.*

[722] A tradução da expressão não é uniforme em língua portuguesa. Preferimos utilizar a expressão governação das sociedades comerciais, pois concordamos com as ponderações de J. M Coutinho de Abreu. Cf. ABREU, J. M. Coutinho. *Governação das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2010, 2ª ed., p. 8.

[723] Para um panorama histórico dessa ordem de problemas, cf. MAIA, Pedro. CorporanteGovernance em Portugal. *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 43-64.

1. O direito de voto dos acionistas e suas limitações

Algumas questões levaram a debates intensos acerca do exercício da atividade empresarial pela pessoa coletiva, designadamente a sociedade anônima. Em geral, essas questões surgem em razão de uma consequência desse exercício de atividade econômica por uma pessoa imaterial, de criação jurídica: o afastamento dos sócios – ou pelo menos de parte deles – da exploração da empresa.

Esse afastamento decorre de dois fatores. O primeiro decorre da personalidade jurídica da sociedade; o segundo tem como origem o fato de os sócios não terem necessariamente o direito de administrar ou de integrar a administração da sociedade.

Por criação e reconhecimento do direito, a pessoa jurídica possui nome, sede e autonomia patrimonial; possui ainda capacidade civil para o gozo e exercício de direitos, assim como para a assunção de obrigações e deveres; detém capacidade tributária, processual e de estar em juízo, além de responder criminalmente por condutas tipificadas, enfim, ela se destaca, no plano jurídico, da pessoa humana.

À evidência, ao se vincular o objeto da sociedade à exploração de empresa, esta se interpõe entre o sócio e a atividade. Quem a exerce não é o sócio nem a coletividade dos sócios, mas sim a própria pessoa coletiva. O sócio pode participar da formação da vontade da pessoa coletiva. Uma das formas de o fazer é por meio do exercício do voto. Conquanto não seja a única forma de participação, ele é uma maneira direta de participação na formação da vontade da pessoa jurídica. No mais das vezes, é por meio de deliberações tomadas pelos sócios, que a vontade da sociedade é formada.

Sendo assim, não haveria incoerência em se pensar, a princípio, que seria incompatível com a própria natureza da sociedade a privação do direito de voto ao sócio. Se a empresa não é explorada pelo sócio, mas sim pela pessoa jurídica, e se a participação do sócio na formação da vontade dessa pessoa coletiva se daria principalmente mediante o voto, "então o exercício do direito de voto pelos accionistas subsiste como a única via admissível para se poder qualificar a actividade económica da sociedade como uma 'atividade comum dos sócios'"[724].

Conquanto a participação do sócio na vida da sociedade ocorra de outras formas, como, por exemplo, na participação das deliberações por meio da apresentação de propostas ou nos debates, mesmo sem votar, e no exercício da fiscalização dos atos da sociedade, designadamente dos administradores, é com o voto que o acionista contribui para a formação da própria vontade da sociedade. A maneira como essa vontade é formada não está isenta de polêmica. A utilização

[724]MAIA, Pedro Canastra de Azevedo. *Voto e Corporate Governance: Um novo paradigma para a sociedade anónima.* 2009. Tese (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. I, p. 105.

dos princípios maioritário e do voto de capital provocaram grande celeuma ao longo dos tempos, tendo contribuído dialeticamente para a evolução desse instituto.

1.1 Critério da unanimidade *versus* o da maioria

Sendo a pessoa jurídica uma ficção – e essa noção vigorou por algum tempo -, a vontade da pessoa jurídica seria, na verdade, das pessoas humanas que a integram. Essa vontade, portanto, representaria um conjunto de vontades, que, sobrepostas, indicariam os rumos da sociedade. O sócio, portanto, deveria manifestar a sua vontade individualmente por meio do voto. Dessa forma, uma determinada proposta seria ou não aprovada de acordo com a vontade dos sócios. Mas isso deveria ser aprovado por todos, de forma unânime, ou bastaria uma maioria, qualificada ou não, que a aprovasse?

A unanimidade indica que a proposta foi aprovada com o consentimento de todos. Não haveria como uma maioria prevalecer sobre uma minoria, pois todos deveriam estar de acordo. Embora esse critério impeça que a vontade da maioria prevaleça sobre a da minoria, ele não afasta a possibilidade de um grupo dominar os rumos da sociedade. A unanimidade permite que um sócio apenas imponha unilateralmente a sua vontade, por meio do veto à proposta posta em deliberação.

Além de não ser um critério "democrático", a unanimidade conduziria à estagnação da sociedade. Isso porque alcançar um consenso não é tarefa fácil, designadamente se o universo de interesses for bastante amplo e diversificado.

O critério maioritário, dessa forma, se impôs pragmaticamente, para viabilizar a tomada de decisões no bojo da sociedade, uma vez que o critério da unanimidade paralisaria a sociedade. O seu eventual déficit de legitimidade é superado no momento em que os sócios acordam se submeter a esse critério como *iter* procedimental para a formação da vontade da sociedade. Ele é, portanto, uma simples técnica, que permite ao órgão de deliberação da sociedade, nomeadamente a assembleia geral e a reunião de sócios, aprovar as deliberações que orientarão a sociedade. Ele encontra sua fundamentação no princípio da autonomia de vontade, na medida em que se constitui um meio legítimo para a alcançar o próprio fim da pessoa jurídica societária[725].

Essa concepção da formação da vontade da sociedade encontrou amparo na teoria organicista de OTTO VON GIERKE, para quem não existiria vontade individual dos sócios, mas tão somente a vontade de pessoa coletiva, cujo processo de formação seguiria o critério maioritário[726].

Esse sistema de organização impeliu a dissociação do voto das vontades individuais. O critério maioritário se transfigurou em uma técnica de formação da vontade da pessoa coletiva.

[725]MAIA, Pedro Canastra de Azevedo. *Voto e Corporate...*, p. 158.
[726]*Ibid.,* p. 179.

Isso "esvaziou aquele princípio [maioritário] de qualquer conteúdo ou limite material"[727].A consagração do critério maioritário na formação da vontade da sociedade abriu caminho para a discussão de como o voto seria exercido, notadamente para as questões acerca da possibilidade da instituição de voto plural e de teto de voto, como será visto no próximo tópico.

1.2 Tratamento igualitário dos sócios *versus* voto de capital

Além da preocupação com o critério maioritário, a atribuição de votos tendo por referência a participação que o sócio detém no capital social também levantou questionamentos. O chamado voto de capital permite que o acionista ou um grupo de acionistas, que possui quantidade suficiente de ações para dominar as deliberações, exerça o controle absoluto das decisões e defina unilateralmente os rumos da companhia.

Esse poder de domínio não é necessariamente proporcional à participação no capital que o acionista detiver. Basta ele alcançar um número de ações que lhe assegure a maioria de votos nas deliberações, para o seu poder ser absoluto, mesmo não detendo a integralidade das ações.

O poder do controlador pode ser exercido de forma abusiva. Em vista disso, desenvolveram-se direitos especiais para a proteção dos acionistas. Em uma primeira fase, que se desenvolveu particularmente durante o apogeu do liberalismo econômico, esses direitos estabeleciam apenas limitações ao poder da assembleia geral[728]. Não eram exatamente direitos dos sócios, mas sim delimitações formais de competência e restrições de poderes dos órgãos sociais[729].

Essas limitações não alcançaram o objetivo de proteger os acionistas, sobretudo os minoritários, de eventuais abusos praticados pelos acionistas dominantes. Só mais tardes urgiram os limites intrínsecos ao poder da maioria, tais quais as normas que visam a tutelar os minoritários contra o abuso de poder, que impunham aos sócios e aos administradores o dever de lealdade e, sobretudo, a indicação de que haveria um interesse social, que era distinto do dos acionistas.

No quadro atual, o voto de capital é adotado em larga escala como critério para a distribuição do poder político dentro da sociedade anônima. Isso não deixou de preocupar. A governação das sociedades comerciais tem nesse problema um dos seus principais objetos[730].

Além dos direitos essenciais dos sócios e da teoria do interesse social, pode-se pensar em alguns mecanismos que visem à restrição do poder de controle. Entre eles está o teto de votos. Esse, contudo, como será visto mais à frente, também pode representar uma forma de perpetuação do poder de controlo em prejuízo ao investimento do capital.

---

[727]MAIA, Pedro Canastra de Azevedo. *Voto...,* p. 182.

[728]XAVIER, Vasco da Gama Lobo. *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*. Coimbra: Atlântida Editora, 1976, p. 172

[729]MAIA, Pedro Canastra de Azevedo. *Idem,* p. 190.

[730] ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governação das Sociedades Comerciais*. Coimbra, Almedina, 2010, 2ª ed., p. 9.

2. A limitação ao exercício do direito de voto

Os sistemas jurídicos de muitos países facultam o estabelecimento de tetos de votos pelos estatutos, além de outros mecanismos que excepcionam essa "regra de ouro" do "uma ação, um voto", entre os quais podem ser citados a previsão de ações preferenciais sem direito a voto ou com direito a voto condicionado ou restrito, os direitos especiais de controlo (as chamadas *Golden shares*) e as participações em pirâmide (*pyramids structures*)ou cruzadas (*cross-shareholdings*)[731].

É bastante curioso como a adoção de critérios bem distintos como o da "uma ação, um voto" ou do estabelecimento de medidas que limitam o voto de capital (*Proportionality-Limiting Measures*) puderam contribuir para o crescimento do mercado de capitais em diversos locais, não certamente desacompanhado de efeitos colaterais.

Principalmente nos Estados Unidos, a adoção do critério do voto proporcional à participação acionária contribuiu não só para a dispersão do capital, como também para o exercício do controle por grupos de acionistas organizados em estruturas piramidais ou de *trust* ou mesmo pelos administradores. Já em outros países, como na Alemanha e na França, a previsão de mecanismos de limitação de poder de controle e de atribuição de direitos especiais aos fundadores ou a sócios que demonstrassem maior interesse em manter seus investimentos na companhia - os chamados "acionistas-empresários" -, como o teto de votos ou a atribuição de mais votos a diferentes categorias de ações, permitiu que os acionistas dominantes mantivessem o controlo das companhias, mesmo detendo participações cada vez menores no capital.

Essa dicotomia motivou estudos acerca do melhor critério para o fomento do mercado de ações. Citam-se, à guisa de exemplo, o *Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues related to Takeover Bids*, de 2002, o *Report on the Proportionality in the European Union*, de 2007,e o*Lack of Proportionality between Ownership and Control: Overview and Issues for Discussion*, de 2009.Esses estudos não são conclusivos sobre a melhor estrutura a ser adotada. Eles apenas indicam consequências boas e ruins para ambos os lados. A OCDE também mantém uma posição de neutralidade quanto a esse tema, como indica a publicação "Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades".

O aludido estudo apresenta dados de que, conquanto os mecanismos para limitar a proporcionalidade de votos em relação à participação no capital sejam previstos em grande parte dos países membros da OCDE, eles não são muito utilizados. Os motivos para isso seriam vários: do receio de que as ações seriam subavaliadas no mercado, o que levaria a subcapitalização da sociedade, a questões envolvendo o tratamento fiscal conferido a esse tipo de mecanismo.

---

731 BEBCHUK, Lucian A.; KRAAKMAN, Reinier; TRIANTIS, George. "Stock Pyramids, Cross-Ownership and Dua Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separanting Control From Cash-Flow Rights, *NBR Working Paper Series*, 1999. Disponível em: www.nber.org. Acesso em: 10 de nov 2018, *passim.*

Essas consequências boas e ruins retratadas pelos estudos serão abordadas no próximo tópico.

2.1 As consequências favoráveis à imposição da regra uma ação, um voto

Alguns estudos indicam como favoráveis ao estabelecimento de um quadro normativo sem a adoção de limites ao exercício do voto proporcional à participação no capital social, os seguintes aspectos: (i) dados os vários mecanismos criados para a limitação do voto de capital, o estabelecimento desse parâmetro como obrigatório facilitaria a circulação de capitais no mundo; (ii) maior proporcionalidade entre o direito de voto e o risco envolvido; (iii) incentivo ao acionista-empresário a investir mais na empresa, pois para manter o controlo, seria necessário que a quantidade de investimento acompanhasse as necessidades da companhia em termos de aumento de capital, sob pena de a sua participação restar diluída; (iv) conferiria maior liquidez às ações; (v) os acionistas minoritários têm mais chances de influenciar as deliberações da sociedade mediante acordos parassociais e pelo exercício de direitos *ex ante*.

2.2 As consequências desfavoráveis à imposição da regra uma ação, um voto

Os estudos também apresentam efeitos positivos das exceções ao princípio da uma ação, um voto. Seriam, portanto, efeitos negativos à imposição da regra uma ação, um voto, na medida em que, se essa regra se tornasse obrigatória, os mercados não poderiam ser beneficiados com a adoção dos mecanismos que a excepcionariam. Entre eles, podem ser citados: (i) a obtenção de um controlo melhor da gestão por parte dos acionistas, de acordo com a lógica de que o acionista controlador pode monitorar a administração melhor e de forma mais eficiente, na medida em que consegue obter o controle com um investimento menor; (ii) facilitação do acesso ao mercado de capitais, uma vez que os acionistas teriam um incentivo para procurar financiamento para as suas empresas, pois poderiam manter o controlo delas sem maiores dispêndios financeiros; (iii) proteção dos interesses de longo prazo, com o prestígio do investimento dos acionistas-empresários em desfavor dos interesses de curto prazo dos acionistas-investidores; (iv) o poder de voto ficaria mais equilibrado, possibilitando que o interesse da sociedade fosse determinado por mais pessoas; (v) redução de abusos por parte do acionista controlador, na medida em que a concentração de poder e propriedade aumentam a possibilidade de expropriação de riqueza dos minoritários; (vi) prestígio ao princípio da autonomia privada e da liberdade de contratar, já que o sistema jurídico conferiria mais liberdade aos indivíduos na definição do contrato social.

Considerações finais

Ao longo da investigação se constatou que o enunciado em questão não pode ser considerado como uma regra absoluta ou princípio universal. Os conflitos latentes dos mais variados interesses, decorrentes das redes de relações jurídicas surgidas em torno da moderna empresa, em especial nas sociedades anônimas, exigem normas e *standards* legais que permitam a adaptação da governação da sociedade às peculiaridades regionais. A investigação revelou justamente que modelos diametralmente opostos lograram algum sucesso no tocante ao fortalecimento do mercado de capitais e no incentivo ao financiamento da atividade empresarial por meio do investimento direto da poupança de famílias e indivíduos em companhias. As peculiaridades de cada país ou região influenciaram na adoção desses sistemas, os quais responderam a problemas específicos, mas não sem gerar efeitos colaterais.

Por outro lado, os estudos mostram um declínio na utilização de mecanismos de limitação do voto de capital. Eles sugerem que boas práticas de governação das sociedades empresárias, com proteção adequada aos minoritários, são mais eficientes do que esses mecanismos. De toda forma, os estudos também revelam não ser possível apresentar um modelo único e sem esses mecanismos de limitação do voto de capital, sendo, portanto, razoável que os países permitam essas práticas em suas legislações.

Conclui-se, assim, que o enunciado "uma ação, um voto" não tem como ser uma regra universal. O caso do teto de votos bem retrata isso. Essa técnica, pode ser utilizada para enfrentar determinados problemas sentidos em um mercado, designadamente a alta concentração de poder em apenas poucos acionistas e a inconstância das tomadas hostis de controlo. Logo, é salutar a faculdade prevista em alguns ordenamentos jurídicos de permitir a instituição de tetos de voto, bem como de franquear aos acionistas a revisão de sua instituição.

Referências

ABREU, J. M. Coutinho. *Governação das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2010, 2ª ed.

_____. *Governação das Sociedades Comerciais*. Coimbra, Almedina, 2010, 2ª ed.

BEBCHUK, Lucian A.; KRAAKMAN, Reinier; TRIANTIS, George. "Stock Pyramids, Cross-Ownership and Dua Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separanting Control From Cash-Flow Rights, *NBR Working Paper Series*, 1999. Disponível em: www.nber.org. Acesso em: 10 de nov 2018.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada.* Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1988.

FURTADO, J. H. da Cruz Pinto. *Deliberações de Sociedades Comerciais.* Coimbra: Almedina, 2005.

MAIA, Pedro Canastra de Azevedo. *Voto e Corporate Governance: Um novo paradigma para a sociedade anónima.* 2009. Tese (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. I

_____.CorporanteGovernance em Portugal. *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil.* Coimbra: Almedina, 2012, pp. 43-64.

XAVIER, Vasco da Gama Lobo. *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*. Coimbra: Atlântida Editora, 1976

El proyecto de "obligatoriedad mitigada" de la mediación en España y su relación con la tutela judicial efectiva[732]

Ana Amorín Fernández[733]
Universidad Carlos III

Summary: 1. Introducción. 2. La tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a los tribunales. 2.1 La tutela judicial efectiva y su compatibilidad con los ADR 2.2 La mediación y su carácter voluntario. 2.3. La Directiva. 3. La mediación en España con la Ley de Mediación. 3.1 El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación: una "*obligatoriedad mitigada*". 3.2 La compatibilidad con la tutela judicial efectiva. La doctrina del TJUE. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducion

Mediation is a method ofalternative dispute resolution the main characteristic of which is its voluntary nature. Despite this, the European Union is showing an increasing trend towards establishing mandatory mediation in certain circumstances.

The jurisprudence of the CJEU has developed the necessary conditions so that the establishment of mandatory mediation does not constitute a hindrance to the right to access to the court

Against that background, the Spanish legislature has drafted a bill aiming to completely modify the current voluntary mediation model by constructing a "mitigated mandatory" (*obligatoriedadmitigada*) framework that seeks to promote this method of alternative dispute resolution and to make the courts more efficient.

2. La tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a los tribunales

El artículo 24[734] de la Constitución Española ("**CE**") consagra como derecho fundamental la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas, sin que en ningún

[732]The "*mitigated mandatory*" mediation project in Spain and its connection with effective judicial protection.

[733]Grado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela; Máster en Acceso al Ejercicio de la Abogacía y Máster en Derecho de la Unión Europea, ambos por la Universidad Carlos III de Madrid (Contacto: ana.amorin23@gmail.com).

[734] El artículo 24 de la CE establece: *"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión; 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".*

caso puedan sufrir una situación de indefensión.Una de las manifestaciones más importantes de este derecho fundamental es el libre acceso a los tribunales, que se materializa en el derecho a ser parte en un proceso y a activar la actuación de los órganos judiciales con el fin de obtener una decisión judicial motivada sobre las pretensiones deducidas[735].

No obstante, nuestro Tribunal Constitucional ("**TC**") ha indicado en numerosas ocasiones que el derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el acceso a los tribunales, no es un derecho absoluto sino prestacional y de configuración legal. De este modo, el legislador español está capacitado para establecer límites e imponer requisitos de procedibilidad para el pleno acceso a la jurisdicción[736].

Por otro lado, el TC ha insistido[737] en la exigencia de la aplicación del principio *pro actione* en el acceso a los tribunales, lo que supone que los órganos judiciales han deinterpretar los requisitos que legalmente puedan establecerse para el acceso a la jurisdicción de tal manera que eviten situaciones en las que una aplicación restrictiva de éstos impida el acceso a los tribunales.[738]

En definitiva, nos encontramos ante un derecho fundamental de configuración legal que permite al legislador imponer determinados requisitos procedimentales para que las personas puedan acceder a los órganos jurisdiccionales y obtener una resolución fundada en derecho.

2.1 La tutela judicial efectiva y su compatibilidad con los ADR

Pese a que el artículo 24 de la CE reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en la actualidad ningún sector doctrinal defiende que este precepto impida la existencia desistemas alternativos de resolución de conflictos. En efecto, la situación actual deja ver cómo, al margen del procedimiento ordinario de actuación de los jueces y tribunales, se han desarrollado otras vías no jurisdiccionales que permiten alcanzar un acuerdo satisfactorio entre las partes de la controversia. Son los conocidos como *Alternative Dispute Resolutions*o ADRs[739], entre los que se encuentran la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Si las partes de un conflicto deciden, de manera absolutamente voluntaria, renunciar a su derecho fundamental de someter esa controversia a los tribunales para intentar resolverla a través de alguno de los sistemas alternativos mencionados, esta renuncia no implica una situación de

[735] Sentencia del Tribunal Constitucional 220/1993 de 30 de junio.
[736]Es decir, existen causas legales de inadmisión que habilitan a los órganos judiciales para no permitir el acceso a la vía judicial a determinadas pretensiones. En cualquier caso, el TC ha indicado que estos límites han de obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (Sentencias del Tribunal Constitucional 4/1998 de 12 de enero y 141/1988 de 29 de junio).
[737] Sentencia del Tribunal Constitucional 220/2003 de 15 de diciembre.
[738]Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009.
[739] Los ADRs tienen su origen a principios del siglo XX en Estados Unidos como consecuencia de la gran litigiosidad existente entre los ciudadanos y la necesidad de buscar alternativas a la vía judicial.

indefensión para ellas.De este modo, no existe ningún tipo de incompatibilidad entre la tutela judicial efectiva y el carácter exclusivo de la función jurisdiccional de jueces y tribunales[740] y la concurrencia simultánea de sistemas alternativos extrajudiciales que se consagran como una opción a la que las partes pueden acogerse si así lo desean.

En suma, es el carácter esencialmente voluntario de los ADRs el que permite defender su compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siendo las partes quienes, en pleno uso de su libertad, pueden válidamente renunciar al procedimiento judicial en favor de un sistema alternativo.

2.2 La mediación y su carácter voluntario

La mediación como medio alternativo de resolución de conflictos comenzó a regularse en Europa a finales de los años 80[741]. No obstante, adquirió especial relevancia en el año 2008 con la aprobación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles[742](la "**Directiva**").La Directiva se transpuso[743]en España a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles[744] (la "**Ley de Mediación**").

Ambos instrumentos recogen un concepto de mediación muy similar. La Directiva en su artículo 3 la describe como "*un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.*". Por su parte, la Ley de Mediación la define en su artículo 1 como "*aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*".

También encontramos numerosas interpretaciones del concepto de mediación en la doctrina. Entre muchas de ellas[745], el autor Rozemblum describe el procedimiento como "*un proceso de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren voluntariamente a una tercera persona imparcial, el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio"*[746]. Además, se caracteriza porque el tercero

[740]Reconocido en el artículo 117 de la CE.
[741] En 1986 se adopta por el Comité de Ministros del Consejo de Europa la Recomendación Nº. R (86) 12 relativa a determinadas medidas destinadas a prevenir y reducir el exceso de trabajo de los tribunales; y en 1998 el Comité de Ministros aprobó la Recomendación Nº. R (98) 1 sobre la mediación familiar.
[742] Diario Oficial de la Unión Europea, número 136, 24 de mayo de 2008.
[743]Se estableció un plazo de dos años para su transposición por parte de los Estados Miembro.
[744] Boletín Oficial del Estado, número 162, 7 de julio de 2012.
[745]Entre otros, FOLBERG y TAYLOR la describen como "*aquel proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades*" en FOLBERG, J. y TAYLOR, A."Mediación: resolución de conflictos sin litigio", Jossey-Bass Publishers, 1984, San Francisco.
[746]ROZENBLUM DE HOROWITZ, S. "Mediación en la escuela. Resolución de conflictos en el ámbito educativo", Aique, 1998, Buenos Aires.

imparcial no tiene la capacidad para disponer sobre el resultado del conflicto, sino que son las partes quienes deciden si alcanzar o no un acuerdo[747].

En esencia, los autores coinciden, al igual que la Directiva y la Ley de Mediación, en construir el concepto de la mediación sobre la base de un principio esencial, la voluntariedad, esto es, la libertad de las partes para decidir someter su controversia a mediación.

El principio de voluntariedad se regula en el motivo 10 de la Directiva[748] y en el artículo 6 de la Ley de Mediación[749]. Puede definirse como la libertad que tienen las partes en una controversia para decidir someter su conflicto a un tercero imparcial rechazando la vía judicial y asumiendo las consecuencias de esta decisión. Tradicionalmente se ha sostenido que este principio opera durante las tres fases del procedimiento de mediación, de modo que (i) en el inicio las partes son libres para decidir acogerse o no a la mediación, (ii) durante el desarrollo del procedimiento, las partes pueden libremente abandonarlo y acudir a los tribunales y (iii) en el final, son libres para llegar a un acuerdo que podrá ser total o parcial y para ejecutarlo o, por el contrario, para desistir unilateralmente de este.

No obstante, algunos autores[750] sostienen que el carácter voluntario de la mediación se manifiesta únicamente en las dos últimas fases del proceso, esto es, durante el desarrollo de la mediación y al final de la misma. En cambio, defienden que la voluntariedad no opera en el inicio de la mediación, pudiendo construirse esta como un requisito que las partes deben cumplir con carácter previo al acceso a la vía judicial.

Como veremos en el apartado siguiente, esta posición se ha reforzado con la Directiva, que reconoce en su artículo 3.a)[751] la posibilidad de introducir por parte del legislador nacional la obligación para las partes de acudir a mediación como condición necesaria antes de acudir a la vía judicial.

---

[747]BLANCO CARRASCO, M."La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro", en Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLII 2009.

[748] "*La presente Directiva debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.*"

[749] "*1. La mediación es voluntaria; 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste; 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*".

[750]HERRERA DE LAS HERAS, R. "La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles", en *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, 2017.

[751]"*a) «mediación»: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro*".

Para concluir, otros principios esenciales que operan en la mediación[752] son la igualdad de las partes[753], la imparcialidad[754], la neutralidad[755] y la confidencialidad[756].

2.3. La Directiva[757]

Pese a que la Directiva destaca el carácter voluntario de la mediación en su artículo 3, abre la posibilidad al legislador nacional para establecer una mediación obligatoria a nivel doméstico[758].En concreto, se reconoce la facultad de los Estados Miembro de imponer a las partes en una controversia la obligación de acudir a la mediación con carácter previo al acceso a los tribunales.De este modo, la obligatoriedad recaería sobre la primera fase de la mediación, es decir, obligación de iniciarla y someterse al procedimiento, pero no de mantenerse ni mucho menos de alcanzar un acuerdo satisfactorio.

La Directiva deja así en manos del legislador nacional la decisión de introducir o no esta obligatoriedad en la mediación. En este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo, que ha indicado que lo que en ningún caso puede admitirse es "*la imposición indiferenciada de un sistema obligatorio de ADR a escala de la Unión Europea"*[759].

752 TORRES LANA, J. Á. "Principios rectores de la mediación" en LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (Coord.), *Mediación en materia civil y mercantil*, Tirant Lo Blanch, 2014, Valencia.

753 Artículo 7 de la Ley de Mediación.

754 Artículos 7 y 13 de la Ley de Mediación.

755 Artículos 8 y 13 de la Ley de Mediación.

756 Considerando 16 de la Directiva y artículo 9 de la Ley de Mediación.

757La elaboración de la Directiva constituyó el mayor impulso legislativo por parte de la Unión Europea para favorecer la mediación en los Estados Miembroasí como para promover la elaboración o armonización de las leyes nacionales sobre la materia. En la misma línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva requirió a los Estados Miembro para que intensificaran sus esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación en las controversias civiles y mercantiles.

758 En el Considerando 14 de la Directiva se establece: "*Nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. Tampoco afectará nada de lo dispuesto en la presente Directiva a los sistemas de mediación autorreguladores vigentes, en la medida en que se ocupen de aspectos que no estén cubiertos por la presente Directiva*".

759 Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil mercantil y de familia, cit. en GINEBRA MOLINS, M.E. y TRABAL, J. "La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación*",* en *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 4, 2013.

En Europa es obligatoria la mediación en cinco estados[760], si bien el más paradigmático es el caso italiano[761].

3. La mediación en España con la Ley de Mediación

La regla general en España es que la mediación es voluntaria[762], salvo determinadas excepciones muy concretas[763]. La finalidad de la Ley de Mediación era impulsar la mediación como un mecanismo alternativo para la solución extrajudicial de las controversias en asuntos civiles y mercantiles, lograr una mayor agilización en la solución de los conflictos y mejorar el funcionamiento de la administración de justicia. Pese a ello, la mediación en la actualidad no goza de gran arraigo en España debido a la desconfianza de las partes en el proceso y a la existencia de una cultura ajena[764] a esta vía de resolución de conflictos.

Consecuencia directa de esto ha sido el intento por parte del legislador español, en sucesivas ocasiones[765], de implementar con mayor contundencia la institución de la mediación para solucionar conflictos intersubjetivos cuando se trate de materias disponibles para las partes.

Así, con el Anteproyecto de Ley para el Impulso de la Mediación (el "**Anteproyecto**")la configuración de la institución de la mediación sufre un cambio radical: pasamos de un modelo de mediación basado en el carácter voluntario de esta en sus tres fases (inicio, desarrollo y final) al

---

[760]La Memoria de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediaciónseñala: "*En Italia, donde se presta como incentivo asistencia jurídica gratuita en el caso de mediación obligatoria, es posiblemente el caso más paradigmático que recurre a la mediación muchos tipos de litigios diversos con éxito. En Hungría y Croacia, es obligatoria en asuntos de Derecho de familia. Asimismo, hay trece Estados que fomentan el recurso a la mediación mediante el ofrecimiento de incentivos financieros, tales como asistencia jurídica gratuita, la reducción del reembolso total de las tasas y costes de los procesos judiciales si se alcanza un acuerdo gracias la mediación etc. Respecto de las sanciones, existen cinco Estados que imponen sanciones como medio para fomentar el recurso la mediación".* Por otro lado, en Eslovenia y Holanda los órganos judiciales pueden ordenar a las partes acudir a la mediación. Reino Unido intentó exigirla como requisito previo para controversias por debajo de una determinada cuantía, pero fue retirado. Por su parte Francia también ha buscado incentivar a las partes a acudir a la mediación (HERRERA DE LAS HERAS, R. "La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles", en *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, 2017).

[761]Italia introdujo la mediación obligatoria como requisito previo en determinados litigios para poder acudir a la vía judicial a través del Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010, nº 28,que fue declarado inconstitucional por la Corte Constituzionale (Sentencia de la Corte Constituzionale 272/2012 de 4 de octubre). El tribunal consideró que esta mediación vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva. Esto dio lugar a una reforma de la figura de la mediación obligatoria siendo hoy en día compatible con el derecho en conflicto, estableciéndose la mediación como un requisito previo de procedibilidad cuya obligatoriedad viene moderada por el implemento de determinados incentivos (HERRERA DE LAS HERAS, R. "La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles", en *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, 2017).

[762] De este modo, en nuestra legislación nacional actual, la Ley de la Mediación define la mediación como un proceso voluntario, sin contemplar la obligatoriedad siquiera de la sesión informativa previa a la mediación.

[763]Así, entre otros, existe la obligación de acudir a una conciliación previa a la jurisdicción laboral (artículo 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).

[764]Motivo I del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación.

[765] No es la primera vez que se elabora un Anteproyecto que prevé la obligatoriedad del proceso de mediación. Así, en 2011 se redactó el Anteproyecto de Ley de Mediación en el que se reconocía la obligación de acudir a mediación en los juicios verbales de cuantía inferior a 6.000 euros siempre que no versaran sobre materias excluidas del ámbito del Anteproyecto (penal, laboral y consumo). Finalmente el Anteproyecto no prosperó y en 2012 se elaboró la actual Ley de Medicación.

modelo denominado por el propio Anteproyecto como de "*obligatoriedad mitigada*"[766] de la mediación.

3.1 El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación: una "*obligatoriedad mitigada*"

El Anteproyecto configura dos tipos distintos de mediación obligatoria. En primer lugar, impone a las partes la obligación de "*intentar*" una mediación de manera previa a la interposición de la demanda en algunos asuntos,esto es, la configura como un requisito de procedibilidad (es la denominada "*mediación extrajudicial*"). Por otro lado, recoge la mediación obligatoria cuando el tribunal en el desarrollo del procedimiento considere conveniente que las partes acudan a ella (la conocida como mediación "*por derivación judicial*" o "*mediación intrajudicial*").

Por lo que respecta a la primera de ellas, la "*mediación extrajudicial*", el Anteproyecto establece la obligación de que, en determinadas materias[767], las partes deban "*intentar*" una mediación. El concepto de "*intento de mediación*" se define en el propio Anteproyecto como la obligación de celebrar una sesión informativa[768] y una sesión exploratoria, que podrán realizarse conjuntamente en un mismo acto y que deberán llevarse a cabo dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda[769].

Como se ha indicado, esta obligación se configura como un verdadero presupuesto procesal necesario para poder acceder con posterioridad a los tribunales.

Por su parte, la "*mediación intrajudicial*" tendrá lugar cuando el órgano judicial considere que el asunto cumple con las condiciones necesarias para ser mediable, y siempre y cuando la mediación no se hubiese intentado previamente. Esta mediación se prevé tanto en primera como en segunda instancia y, de nuevo, opera el concepto de "*intento de mediación*" al que se somete a las partes, por lo que no existe una obligación de llegar a un acuerdo sino de celebrar las sesiones informativa y constitutiva.

En ambos supuestos la obligatoriedad de la mediación afecta únicamente a la primera fase de esta (es decir,a su inicio)sin que en ningún caso las partes deban permanecer en el proceso de mediación en contra de su voluntad ni llegar a un acuerdo vinculante[770].

---

[766] Motivo IV del Anteproyecto.

[767] Las materias en las que la mediación es obligatoria se recogen en el artículo 3 apartado 2 del Anteproyecto (sucesiones, protección de derecho de honor, intimidad y propia imagen, alimentos entre parientes, derechos reales sobre cosa ajena y conflictos entre socios o con los órganos de administración, responsabilidad por negligencia profesional, familia y defectos constructivos derivados de contratos de obra, entre otras).

[768]El Anteproyecto establece que "*en la citación, el mediador deberá informar con claridad y precisión de las consecuencias procesales que la inasistencia injustificada a la sesión informativa y, en su caso, exploratoria, o un comportamiento contrario a la buena fe puede tener en el procedimiento judicial al que la mediación se halla vinculada*".

[769] Artículo 3 apartado 2 del Anteproyecto.

[770] En este sentido el artículo 3 apartado 6 del Anteproyecto establece:"*En cualquier caso, una vez celebrado el intento de mediación, los interesados podrán interponer la demanda declarativa, con independencia del estado en que la mediación se encuentre*".

De este modo, el Anteproyecto recoge el espíritu de la Directiva e introduce una mediación obligatoria moderada por el hecho de que las partes son libres para abandonar el procedimiento en cualquier momento del mismo, estando únicamente obligadas a intentarla.

El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva[771]reconoce la posibilidad de que el legislador nacional establezca incentivos para quienes acuden a la mediación así como sanciones en casos de rechazo injustificado de la obligación de intentarla.

De este modo, el Anteproyecto recoge una serie de consecuencias en el ámbito de la condena en costas[772] que se configuran como manifestaciones del carácter obligatorio de la mediación.

Por otro lado, también establece una serie de incentivos para quien acude a la mediación, como la inclusión de los honorarios del mediador dentro del beneficio de la asistencia jurídica gratuita cuando la mediación sea obligatoria[773] o la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción de las acciones, que no se reanudarán hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, de la firma del acta final[774].

En definitiva,las medidas propuestas[775]lo que reclaman de las partes es un intento de mediación desde la buena fe buscando fomentar la resolución del conflicto a través de la mediación.

3.2 La compatibilidad con la tutela judicial efectiva. La doctrina del TJUE

La principal controversia[776] que puede plantearse con el establecimiento de esta "*obligatoriedad mitigada"* es su compatibilidad o no con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los tribunales. Existen autores que defienden que

[771]Apartado 3.6 del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva.

[772]Por un lado, se introduce en el ámbito del consumo como conductas temerarias del condenado en costas(i) el supuesto de que el consumidor hubiera dirigido reclamación previa y el condenado en costas no hubiera dado "*respuesta motivada*" en un plazo de 60 días y (ii) la incomparecencia en la sesión informativa de la parte condenada en costas, cuando no exista causa que justifique la misma. Por otro lado, se establece que no habrá pronunciamiento en costas a favor del litigante que sin causa que lo justifique no haya acudido a un intento de mediación previa cuando ésta sea obligatoria (extrajudicial o intrajudicial)(Artículo 2 apartados 1 y 4 del Anteproyecto).

[773] Artículo 1 apartado 1del Anteproyecto.

[774] Artículo 3 apartado 1 del Anteproyecto.

[775]El Anteproyecto recoge otras medidas como la ampliación de plazos para que se haga posible la mediación, la creación de un Registro de Mediadores y la obligación de inscripción de estos para operar en las mediaciones obligatorias (extrajudiciales o intrajudiciales) y la no confidencialidad de determinados aspectos del procedimiento, entre otras.

[776] Otra de las principales críticas de la doctrina a estamediación obligatoria es el riesgo de que se convierta en un mero trámite burocrático que la desprestigie. Así, entre otros, ORTUÑO, P. "La mediación devuelve a los ciudadanos la posibilidad de gestionar sus conflictos", 2014 (http://www.diariojuridico.com/la-mediacion-devuelve-a-los-ciudadanos-la-posibilidad-de-gestionar-sus-conflictos/)

se trata de un atentado contra este derecho de libre acceso a la jurisdicción[777] mientras que otros son partidarios de considerar que el requisito previo de la mediación no afectaría al acceso a los tribunales siempre que existan unos cauces legalmente previstos[778].

Sobre esta cuestión se ha pronunciado en distintas ocasiones el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea ("**TJUE**"). Así, en su sentencia de 18 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-317 a 320/08)[779] describe los límites de la mediación obligatoria para evitar que ésta entre en conflicto con la tutela judicial efectiva.

El TJUE manifiesta que establecer la obligación de acudir a un procedimiento de mediación de forma previa al ejercicio de la acción judicial no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que se cumplan simultáneamente cuatro requisitos: (i) que no exista obligación de alcanzar un acuerdo; (ii) que no suponga un retraso sustancial a la vía judicial; (iii) que suspenda los plazos de prescripción y (iv) que no genere gastos a las partes o que éstos sean de escasa entidad[780].

Por su parte, en la más reciente sentencia de 14 de junio de 2017 (asuntoC-75/16)[781],el TJUE insiste en esta idea y añade que en ningún caso podrá existir para las partes la obligación de acudir a la mediación con abogado (pues supondría una desnaturalización del procedimiento) ni se deben imponer sanciones o consecuencias negativas a quienes se retiren del procedimiento una vez éste se ha intentado[782].

En definitiva, la jurisprudencia del TJUE ha venido matizando el concepto de obligatoriedad de la mediación a lo largo de los años, y sobre estas premisas se ha construido el Anteproyecto español. Éste ha asumido todas las consideraciones de la Directiva que han sido desarrolladas en la jurisprudencia del TJUE y ha construido una mediación obligatoria con ciertos matices que impiden que se configure como un obstáculo al derecho de tutela judicial efectiva.

En cualquier caso, mientras el Anteproyecto no logre materializarse en una verdadera Ley, no podrá analizarse el verdadero impacto de las medidas adoptadas en la práctica, por lo que, de triunfar su tramitación, deberá ser objeto de un nuevo análisis una vez entre en vigor[783].

---

[777]MARTÍN DIZ, F. "Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada." Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional) A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (dir.), Xulio Ferreiro Baamonde (dir). A Coruña: Universidade, 2012 cit. en HERRERA DE LAS HERAS, R. "La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles", en *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, 2017.

[778]CONFORTI, O.D. "La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España", Diario La Ley, 23 de febrero de 2015.

[779]http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14175311

[780]HERRERA DE LAS HERAS, R. "La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles", en *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, 2017.

[781]http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191706&doclang=ES

[782]No así para quien injustificadamente se niegue a iniciarlo cuando sea preceptivo.

[783] El Anteproyecto prevé un largo plazo de *vacatiolegis*de 3 años (Disposición final segunda).

4. Conclusiones

De acuerdo con las ideas plasmadas en el presente artículo, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

(i) La mediación es un método alternativo de resolución de disputas o ADR en el que las partes deciden voluntariamente someter su controversia a un tercero imparcial. El principio esencial de este ADR es el de la voluntariedad.

(ii) Desde la Unión Europea existe cada vez un mayor interés en promover la mediación como método efectivo de resolución de controversias. El gran impulso se ha dado con la Directiva 2008/52/CE: esta norma concede a los legisladores nacionales la facultad de establecer una mediación obligatoria, siempre que no se impida con ella el derecho de libre acceso a la jurisdicción.

(iii) La jurisprudencia del TJUE ha fijado los límites ala mediación obligatoria que los legisladores nacionales pueden imponer. Se concretan en el resultado no vinculante del proceso, la interrupción de la prescripción, la no imposición de un retraso injustificado a la vía judicial y la economía del proceso.

(iv) En España se ha desarrollado un Anteproyecto de Ley para el Impulso de la Mediación que busca el establecimiento de una llamada "*obligatoriedad mitigada"* de la mediación con la que se pretende fomentar el uso de este ADR y combatir la escasa cultura de la mediación que existe en el país.

(v) La "*obligatoriedad mitigada*" que predica el Anteproyecto supone una obligación de las partes de "*intentar la mediación*" y se materializa en el deber de acudir a una sesión informativa y una sesión exploratoria, pero en ningún caso se impone la obligación de concluir el proceso ni de llegar a un acuerdo vinculante.

(vi) En consecuencia, el Anteproyecto recoge las premisas de la Directiva que han sido desarrolladas por la jurisprudencia del TJUE para que la mediación obligatoria no constituya un escollo al derecho de tutela judicial efectiva.

(vii) Solo queda esperar y comprobar si el Anteproyecto termina convirtiéndose en Ley para analizar la verdadera eficacia de las medidas en ella recogidas y si con ellas se obtiene un mayor impulso a la mediación y se logra desatascar los tribunales, configurando así una justicia más efectiva y eficiente en nuestro país.

5. Bibliografía

CALAZA LÓPEZ, S. "Principales proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional", en *Revista General de Derecho Procesal*, número 23, 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, R. y otros "Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", Tirant lo Blanch, 2013.

CONFORTI, O.D. "La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España", Diario La Ley, 23 de febrero de 2015.

FOLBERG, J. y TAYLOR, A. "Mediación: resolución de conflictos sin litigio", Jossey-Bass Publishers, 1984

GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. "La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo" en *Política y Sociedad*, Vol. 50, nº 1, 2013.

GINEBRA MOLINS, M.E. y TRABAL, J. "La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación*",* en *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2013.

HERRERA DE LAS HERAS, R. "La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles", en *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2017.

MARTÍN DIZ, F. "Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada." Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal, 2012.

Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación.

PÉREZ-UGENA, M. "Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación" en *Estudios de Deusto*, vol.62, nº1, 2014.

ROZENBLUM DE HOROWITZ, S. "Mediación en la escuela. Resolución de conflictos en el ámbito educativo", Aique, 1998.

RUIZ GARCÍA, M.J. "El encaje de la mediación en los procedimientos declarativos conforme a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", LALEY, nº 4448/2013, 24 de julio de 2013.

Fundamentação das decisões judiciais na perspectiva do direito fundamental a tutela jurisdicional adequada

Justification of judicial decisions in the context of the fundamental right to appropriate judicial protection

Andrea Boari Caraciola[784]
Universidade de Lisboa

Sumário: 1. Introdução; 2. O acesso à Justiça e os direitos fundamentais processuais inseridos na categoria de direitos humanos; 3. O direito fundamental à tutela jurisdicional fundamentada; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O direito processual civil mantém afinidades e imbricações com todos os ramos do direito, sendo certo que sua relação com o direito constitucional é marcante e intensa, a evidenciá-lo como base fundamental. A Carta de 1988 assumiu expressa e amplamente a tutela do processo, de modo a estabelecer um verdadeiro programa de princípios ordenadores da atividade processual, princípios estes que vêm realçando as garantias fundamentais do processo, de sorte a nortear a atividade jurisdicional, bem como a informar as decisões judiciais dos valores constitucionais.

Considerando-se que toda Constituição há de ser interpretada como uma unidade sistêmica, podemos afirmar que a nossa atual Carta elege o valor da dignidade humana como valor essencial a informar a ordem constitucional e, é nesse contexto que se impõem a observação e o estudo relativo à tutela constitucional do processo, entendido, pois, o processo como instrumento de exercício da cidadania em um Estado Democrático de Direito.

Contextualizado e inserido no âmbito da cláusula do devido processo legal, surge o princípio da motivação das decisões judiciais em decorrência lógica da vocação democrática da jurisdição, porquanto inerente à essência de um Estado de Direito, direcionado à limitação do

[784] Pós-Doutoranda em Direito Processual Civil pela Universidade de Lisboa, Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos – IGC da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Líder do grupo de pesquisa (CAPES – CNPQ) "Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo". Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Advogada em São Paulo. Endereço eletrônico: caraciola@me.com

poder arbitrário do Estado, caracterizando-se, pois, como norma de eficácia plena dotada de dupla destinação. Imediatamente direcionada ao próprio Poder Público, auto limitando-o, no sentido de coibir a ilegalidade e a discricionariedade no exercício da função jurisdicional, bem como no sentido de definir a subserviência dos magistrados ao império da lei e, destarte, também direcionada a todo cidadão, jurisdicionado.

Assim, singularmente considerado, o jurisdicionado tem constitucionalmente assegurado o direito à adequada tutela estatal, tutela esta que, para ser plena, efetiva e eficaz, há de qualificar-se e revestir-se dos atributos da motivação, persuasão, clareza, certeza e precisão, esta última decodificada quer no que toca à precisão técnico-processual, quer no que atina à técnica linguística, porquanto caracteriza-se a decisão judicial como ato de comunicação, e, como tal, há de estar adstrita à teoria da comunicação, além de compromissada com o direito material e com a realidade social.

2. O acesso à Justiça e os direitos fundamentais processuais inseridos na categoria de direitos humanos

O ponto de partida para analisarmos a temática do acesso à Justiça no contexto dos direitos humanos está em apresentar um conceito básico dessa categoria de direitos. Tão somente a partir daí é que se nos afigura possível desenhar esse enquadramento. Não obstante, difícil a delimitação do que venha a ser direitos humanos, dada as características gerais dessa categoria de direitos: universalidade, por aplicarem-se aos seres humanos em geral, caráter moral, por independerem de positivação, caráter preferencial e essencialidade, pela prioridade que possuem, elementos esse que se somam à sua natureza abstrata.[785]

Os direitos do homem não surgem na sociedade como que em uma explosão espontânea, mas foram moldados ao longo da evolução histórica, fruto, notadamente, de movimentos sociais. São direitos históricos, que nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade, tornando-se um dos principais indicadores do progresso histórico.

É nesse contexto que a doutrina identifica as chamadas gerações ou dimensões dos direitos humanos, que revelam a cronologia do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, proclamados gradualmente, na medida e proporção das carências do ser humano, originadas a partir das mudanças das condições sociais.

[785] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Academia brasileira de direito processual**. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-20formatado.pdf. Acesso em 10/06/2016.

Os da primeira dimensão são os direitos da liberdade, de sorte a compreender os direitos civis e políticos assegurados no plano constitucional: são direitos individuais, de natureza civil e política, e foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de naquela época existir uma preocupação preemente, qual seja, a de proteger as pessoas do poder opressivo do Estado![786] Surgiram com a Revolução Francesa e correspondem aos direitos de prestação negativa, também denominados de direitos de resistência, que assumem uma postura não-intervencionista, a partir de cláusulas limitativas do Estado, voltadas a fixar os limites da atuação estatal diante das liberdades individuais.[787]

Os obstáculos e os modos pelos quais os indivíduos acessariam as cortes judiciais não constituíam objeto de preocupação ou intervenção do Estado. O direito ao acesso à Justiça só passou a receber atenção, na medida em que as reformas do *welfare state* objetivaram armar os indivíduos de novos direitos substantivos. [788]

Os direitos da segunda dimensão dizem respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, que surgem com a queda do Estado liberal e o nascimento do Estado do bem estar social**.** O Estado ganha o papel de assegurar e garantir a igualdade entre as pessoas e, nessa medida, esses direitos são denominados de direitos de igualdade: têm o propósito de minimizar as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana.[789] O principal objetivo dessa segunda dimensão de direitos é conferir ao ser humano condições materiais mínimas e necessárias ao exercício de uma vida com dignidade, razão pela qual o Estado assume o papel de prestador de direitos sociais, fornecendo aquilo de que as pessoas e a sociedade precisam para suprir as suas carências.

Surge neste período a preocupação com o alcance e com a finalidade da jurisdição estatal na promoção de mecanismos para tornar o acesso à Justiça efetivo.[790] Inócuo seria o reconhecimento da titularidade de direitos subjetivos, sem que, em contrapartida, não houvesse mecanismos de atuação prática e material para a sua efetiva reivindicação. É nesse contexto que qualificamos o direito à tutela jurisdicional e o acesso à Justiça como direitos humanos fundamentais de segunda dimensão.[791]

---

786 BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.
787 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 16 ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p.145-148.
788 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.10-11.
789 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 623.
790 MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência.** Curitiba: Juruá, 2009, p.43.
791 MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência.** Curitiba: Juruá, 2009, p.43.

Por sua vez, encerrando a exposição acerca da teoria trigeracional, cumpre-nos tecer alguns comentários sobre os direitos alocados na terceira geração, que compreendem os direitos da solidariedade ou de titularidade coletiva, difusos: nascem em razão da generalidade da humanidade e da superveniência de novos valores que se caracterizam por estarem adstritos a proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa: direito à paz, direito ao desenvolvimento, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à comunicação, direito à autodeterminação dos povos e direito ao meio ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado.[792]

Paulo Bonavides[793] nos apresenta uma trasladação do direito à paz, da terceira para a quinta dimensão de direitos fundamentais: uma dimensão em que o direito supremo da humanidade é a paz, consoante análise que se segue, quando tratarmos dessa nova categorização de direitos fundamentais.

Mister ainda destacar a superveniência dos direitos relativos à biotecnologia, que se enquadram na chamada quarta dimensão dos direitos fundamentais. E, por fim, importante ainda registrar, com fundamento na doutrina de Paulo Bonavides, a sistematização de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, isso em razão da trasladação do direito à paz da terceira dimensão para esta categorização.[794]

Diante do exposto, uma conclusão é inevitável: não se há como desvincular o fenômeno jurídico dos acontecimentos históricos! Os direitos humanos possuem uma carga dinâmica, na medida em que inseridos no quadro de conquistas da humanidade ao longo dos tempos e das lutas sociais.

Aproximando a análise da questão do nosso objeto de investigação, o direito à tutela jurisdicional vem previsto no ordenamento constitucional brasileiro no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal de 1988: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata-se da consagração do direito fundamental à tutela jurisdicional, segundo o qual toda lesão ou ameaça a direito poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário. Este direito humano fundamental outorga o direito de ação, cujo alcance e o conteúdo não se esgotam no mero ingresso ou acesso formal ao Poder Judiciário, mas perpassam uma série de princípios e garantias inerentes ao devido processo legal, notadamente a garantia de fundamentação das decisões judiciais.

---

792 BARROS, Sérgio Resende de. **Três Gerações de Direitos**. Disponível em: http://www.srbarros.com.br/pt/tres-geracoes-de-direitos.cont. Acesso em: 08/06/2016.
793 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 3, abril-junho 2008, p. 82-83.
794 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 3, abril-junho 2008, p. 82-83.

3. O direito fundamental à tutela jurisdicional fundamentada

A partir da segunda metade do século XVIII, com a propagação dos postulados veiculados pela Revolução Francesa, sob a influência da ideologia iluminista e sob a égide do monopólio da função jurisdicional exercitada pelo Estado, começou a ser generalizada, nas legislações ocidentais, a exigência quanto à motivação das decisões judiciais, princípio este amplamente assimilado por quase todas as grandes codificações processuais dos séculos XIX e XX.

No que toca ao ordenamento brasileiro, asseveramos numa perspectiva histórica que o princípio da motivação vem estruturado desde as Ordenações do Reino. O Regulamento 737, de 1850, veiculava a exigência no artigo 232 [795], segundo o qual a sentença deveria ser clara, sumariando o pedido, a contestação e os respectivos fundamentos, sendo certo que ao juiz era imposto o dever de motivar o julgado, declarando a lei, o uso ou o estilo aplicado no caso submetido à sua apreciação judicial.

Os Códigos Estaduais que sucederam o Regulamento 737 também faziam menção ao dever de motivar as decisões judiciais. O Código Nacional de 1939 não se afastou dessa orientação, consagrando o princípio em dois de seus dispositivos legais, no artigo 118, parágrafo único e no artigo 280, inciso II.[796]

O Código de Processo Civil de 1973, no dispositivo contido no artigo 458, inciso II, expressamente previa, como requisito essencial à validade da sentença, a exposição dos fundamentos de fato e de direito em que o juiz se baseia para decidir a causa, sendo certo que o artigo em questão há de ser interpretado de forma ampla e sistemática, de forma a ser aplicado a toda e qualquer decisão, seja ela interlocutória, monocrática ou colegiada, proveniente de tribunal ou não.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015, por sua vez, ao prestigiar a motivação das decisões judiciais, em seu artigo 489, ao elencar os requisitos essenciais da sentença, notadamente em seu parágrafo 1º, pormenoriza, pela negativa, como deve se caracterizar a motivação das decisões. [797]

---

[795] "Art. 232. A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda."

[796] "Art.118 parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento." Já o "Art. 280: A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: II. Os fundamentos de fato e de direito".

[797] "Art. 489 § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

Assim, o princípio da essencialidade da motivação das decisões judiciais há de ser considerado sobre a totalidade do ordenamento jurídico, sem comportar exceção, aplicando-se a todas as decisões judiciais, qualquer que seja a sua natureza, qualquer que seja a natureza do processo em que proferida, sob pena de nulidade.

Etimologicamente derivado do latim, o vocábulo motivação está adstrito à ideia de justificação ou alegação na qual se objetiva dar as razões determinantes da prática ou realização de algo; ou que provocaram uma solução ou decisão; ou, ainda, que possam justificar uma dada pretensão. Corresponde, pois, à exposição dos fundamentos que servem de embasamento, apoio ou alicerce a um determinado ato. Preleciona Nelson Nery Junior[798] que "Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira".

Inequívoco o mandamento segundo o qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos, fundamentadas todas as decisões, de modo que ao magistrado impõe-se o dever de exteriorizar o desenvolvimento de seu raciocínio para chegar à conclusão, ou seja, e, em outros termos, deve o juiz fornecer as razões que o levam à decisão, possibilitando que dela tomem conhecimento as partes e o tribunal em apreciação de eventual recurso, sob pena de o vício transformar o dispositivo em comando de autoridade e a sentença que dele padece se revestir, tão-só, de aparência de legalidade, eis que a legalidade substancial da prestação jurisdicional está adstrita à coerência lógica do processo mental seguido pelo juiz. [799]

Preciosa a lição de Piero Calamandrei[800], ao afirmar:

> A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia da justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

Constitui imperativo constitucional expressamente acentuado no artigo 93, inciso IX, segunda parte[801], da Carta Política brasileira de 1988, dispositivo constitucional este segundo o qual as decisões judiciais devem ser motivadas sob pena de nulidade.

---

798 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** 6ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 176.

799 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 4ªed. São Paulo: Atlas, 1995. p.440.

800 CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.** 9ªed. São Paulo: Clássica Editora, s/d.

801 "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação." Inciso este com a redação a ele conferida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Seguindo a tendência que modernamente se manifesta em quase todas as codificações constitucionais do século XIX, a nossa atual Carta também atribuiu dignidade constitucional ao dever de motivação das decisões judiciais, uma vez que o mesmo se encontra indissociável da própria essência de um Estado democrático de direito. O texto constitucional vem, tão-só, a reiterar uma limitação imposta ao poder estatal e que, em verdade, transcende e independe de qualquer dispositivo legal, constitucional ou infraconstitucional, na medida em que objetiva coibir a arbitrariedade e a parcialidade na tomada de decisões pelo Poder Judiciário.

Frise-se, mesmo que silente o legislador constituinte a respeito do imperativo relativo à essencialidade da motivação das decisões judiciais, o mesmo surgiria enquanto elemento indispensável a um Estado democrático de direito.

No entanto, pelos fins a que se destina e, tendo-se em vista o contexto histórico, social e político no qual a nossa atual Carta Política foi elaborada, exsurgindo em resposta a um regime até então autoritário e não participativo, justifica-se a previsão do dever de motivar no texto constitucional, dispositivo este que, ao expressamente cominar nulidade à toda decisão dissonante, revela a importância atribuída às razões de decidir, de sorte ser afastada a impropriedade técnica do texto constitucional que, enquanto carta de princípios gerais dotada de autoprimazia normativa, não deveria comportar em seu contexto sanções de tal espécie.

Assinala José Joaquim Gomes Canotilho[802] que três são os elementos que justificam o imperativo constitucional. Destaca o doutrinador, num primeiro plano de análise, a questão relativa ao controle da administração da justiça. Em segundo plano assevera a exclusão do caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes. E, por último, relaciona a necessidade da motivação para a estruturação dos eventuais recursos, de sorte a permitir às partes melhor visualizar os vícios das decisões objeto de impugnação.

Analisada a questão sob o prisma técnico, impõe-se destacar a importância da motivação para a aferição da congruência da sentença, delimitação do âmbito da coisa julgada e correta interpretação do julgado, tendo em vista sua posterior execução; bem como para a estruturação racional da via recursal, sem que nos esqueçamos da repercussão para com a uniformização da jurisprudência.

Não obstante estas justificativas, o dever de motivar encontra guarida em razões de ordem política, no plano dos princípios fundamentais, exsurgindo como garantia no combate à arbitrariedade, porquanto a racionalidade constitui a linha divisória entre a discricionariedade e a

802 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 3ªed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 621.

arbitrariedade. Pelo exame das razões declaradas pelo juiz na motivação do ato judicial, translúcidas devem exsurgir a imparcialidade do julgador, a legalidade da decisão, a observância do contraditório, bem como e, principalmente, a análise de todas as questões de fato e de direito pelas partes suscitadas e debatidas na relação processual.

A exigência da fundamentação surge, desta forma, como um obstáculo ao arbítrio, que repugna ao Estado democrático de direito, constituindo-se em espécie de tutela das liberdades individuais. Pretende o jurisdicionado a entrega da tutela estatal veiculada por proposições claras, coerentes, precisas e completas porquanto o *decisum* é expresso na língua pátria, de forma escrita, em palavras, juízos, proposições e raciocínios que, neste sentido, devem corresponder verdadeiramente às ideias e ao entendimento do julgador. O princípio da motivação impõe a necessidade da precisão da decisão que, desta forma, há de ser certa e limitada. O trabalho lógico do magistrado deve ser conclusivo, guardando simetria com os limites do pedido e com os fundamentos de fato, daí, pois, a conformação entre os princípios em questão. Demais, é pela fundamentação que se pode verificar se no julgamento foram considerados fatos outros, não trazidos pelas partes a juízo, porquanto, não obstante à correlação entre o pedido e o dispositivo, terá o magistrado se pronunciado em causa estranha, o que não se afigura possível, de modo a macular de nulidade o pronunciamento judicial.

O dever de motivar as decisões judiciais deve ser analisado sob a perspectiva endoprocessual, como também extraprocessual, na medida em que uma assume funções distintas, mas que se complementam. [803] Sob o enfoque da endoprocessualidade, a motivação nos remete a questões instrumentais e internas ao processo, estando diretamente relacionada com a impugnação das decisões judiciais. Desta forma, serve às partes que, conhecendo os motivos da decisão, poderão mais facilmente decidir se irão impugná-la ou não, como de resto, individuar os motivos da impugnação. De outro lado, serve, também, à própria magistratura, na medida em que permite à instância superior melhor julgar a decisão impugnada, uma vez que lhe possibilita conhecer as razões adotadas pelo órgão inferior.

Explica Michele Taruffo que o controle eminentemente endoprocessual, dirigido às partes e ao juiz, atua como um requisito técnico da decisão judicial, diretamente relacionado a uma possível impugnação do pronunciamento. [804] Na mesma linha teórica, Sérgio Nojiri acentua que quando a decisão é motivada

---

[803] Sobre as funções endo e extraprocessuais da sentença, conferir: TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile.** Padova: CEDAM, 1975; CAPPELLETTI, Mauro; VIGORITI, Vicenzo. "I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano." In: **Rivista di Diritto Processuale.** Padova: CEDAM, 1971, p.604; e ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano**. 2ªed. Torino: G. Giappichelli editore, 1997, pp. 191-202.

[804] TARUFFO, Michele. La Motivación de la Sentencia. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil.** Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 516.

> [...] não só fica mais fácil verificar se vale a pena recorrer, como também facilita a visualização mais precisa das causas que levaram o juiz a decidir daquela forma, possibilitando ao sucumbente elaborar conscientemente as razões de seu recurso, individualizando o objeto da impugnação.[805]

Em que pesem os aspectos endoprocessuais da motivação, eles são insuficientes para explicar e revelar todas as faces da garantia constitucional. Destacamos aqui a sua função extraprocessual, que revela a motivação como um consectário natural de um Estado democrático de direito, uma garantia constitucional contra o arbítrio e o abuso de autoridade.[806]

O Estado Democrático de Direito revela solução para o Estado absolutista, que não elabora limites para os governantes, assim, temos como sua principal característica o limite apresentado para o governo. E, sob essa perspectiva, essa limitação, quando projetava no Poder Judiciário, se dá por meio da exigência de fundamentação das decisões judiciais[807], porquanto imperativo de uma ordem jurídica justa e democrática o direito assistido a todo jurisdicionado de conhecer os motivos pelos quais sua pretensão encontra ou não amparo no ordenamento jurídico. À luz dessa perspectiva, a fundamentação liga-se à fisionomia do Estado Democrático de Direito, assumindo a função política de permitir o controle difuso da atividade jurisdicional, bem como facilitar o cumprimento das decisões judiciais a partir do ônus argumentativo e de convencimento que veicula. [808]

O novo Código de Processo Civil brasileiro, como que a sobrelevar o direito a tutela jurisdicional devidamente motivada, amplia a dimensão da atividade decisória para além de uma função meramente pragmática adstrita ao cumprimento de um dos requisitos de validade do *decisum*, de modo a levar o magistrado a também pensar em como aquela decisão haverá de ser cumprida, efetivada, desenhando, assim, uma estrutura processual com participativa com vista a efetividade da tutela jurisdicional. [809]

---

[805] NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais.** 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.32.

[806] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** 6ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 173.

[807] MOREIRA, José Carlos. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito". In: **Revista Brasileira de Direito Processual.** Vol.16. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 112.

[808] STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. "Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?" **Consultor Jurídico,** 25 ago. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-25/lenio-streck-dierle-nunes-analisam-mudancas-trazidas-cpc. Acesso em 14/09/2018.

[809] Interessante a preleção de José Carlos Barbosa Moreira: "A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como 'privilégio' dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório. Ora, a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade de motivação obrigatória e pública. O controle extraprocessual deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere,* como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, de coesão social e da solidez das instituições". BARBOSA

4. Considerações finais

Espécies de normas que dão coerência ao sistema, os princípios e garantias jurídicos ocupam inequívoca posição de destaque no ordenamento, na medida em que veiculam um enunciado lógico, genérico e fundamental, dotado de referência direta de valor, atuando como diretivas de interpretação e de integração do direito. Exercem uma função dinamizadora e transformadora no sistema, dotados de força expansiva e construtiva, contribuindo, sobremaneira, quer na interpretação evolutiva do ordenamento. Constituem em mandamentos nucleares que veiculam disposições fundamentais a definir a lógica e a racionalidade de um sistema, conferindo-lhe, desta forma, sentido harmônico. Inserida nessa perspectiva e com essa função surge no ordenamento constitucional e infraconstitucional brasileiro, como um desdobramento lógico e natural das máximas de um Estado Democrático de Direito, a garantia da motivação das decisões judiciais.

Preenchidos os requisitos para a prolação de uma decisão de mérito, ao Estado-juiz compete prestar a tutela jurisdicional adequada, observado o devido processo legal e respeitados os limites subjetivos e objetivos da demanda, ao magistrado impõem-se o dever quanto a prolação de uma tutela justa, adequada, tempestiva e devidamente motivada, o que se impõem em respeito as bases democráticas da jurisdição.

5. Referências Bibliográficas

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano**. 2ªed. Torino: G. Giappichelli editore, 1997.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 16 ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BARROS, Sérgio Resende de. **Três Gerações de Direitos**. Disponível em: http://www.srbarros.com.br/pt/tres-geracoes-de-direitos.cont. Acesso em: 08/06/2016.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 3, abril-junho 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.** 9ªed. São Paulo: Clássica Editora, s/d.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 3ªed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; VIGORITI, Vicenzo. "I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano." In: **Rivista di Diritto Processuale.** Padova: CEDAM, 1971.

MOREIRA, Jose Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, In: **Revista Brasileira de Direito Processual.** Vol.16. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 90

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 4ªed. São Paulo: Atlas, 1995.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência.** Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA, José Carlos. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito". In: **Revista Brasileira de Direito Processual.** Vol.16. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** 6ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais.** 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Academia brasileira de direito processual**. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-20formatado.pdf. Acesso em 10/06/2016.

STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. "Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?" **Consultor Jurídico,** 25 ago. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-25/lenio-streck-dierle-nunes-analisam-mudancas-trazidas-cpc. Acesso em 14/09/2018.

TARUFFO, Michele. La Motivación de la Sentencia. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil.** Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 516.

"Fake news" e ofensa aos direitos da personalidade: estudo comparado entre brasil e Portugal

Fake news and offense to personality rights: a comparative study between Brazil and Portugal

Milena Guarda[810]
Universidade de Coimbra

Sumário:1. Das *fakenews*. 2. Da falta de regulamentação das *fakenews*. 3. Dos bens juridicamente protegidos. 4. *Fake news:* colisão de direitos fundamentais. 5. Considerações finais.

1. Das *fake news*

O termo *fake news* é entendido como "noticias fraudulentas", "noticiais falsas", "conteúdo falsificado", "conteúdos enganosos, manipulados e fabricados", "desinformação","*hacking* cognitivo", "propaganda cibernética", "campanhas de desinformação", ou "*fake*" como sinônimo de "*made presentable or suspecious*", e alguns autores preferem não conceituar.

As *fake News* são utilizadas com a finalidade de ofensa a um direito da personalidade (intimidade da vida privada e familiar, à honra, à palavra e à imagem das pessoas), ou com propósito político ou de lucro, dentre outros.

No campo jurídico, a mentira não é o objeto central da tutela Estatal. O direito não se preocupa com a mentira, mas com o dano efetivo ou potencial, com a culpa ou dolo da prática do ato. Contudo, a mentira pode estar relacionada a fraude, por isso uma boa tradução para *fake news* é "noticias ou mensagens fraudulentas".[811]

O termo *fake news* também está ligado à desinformação, já que as pessoas de boa-fé acreditam estar em contato com uma notícia verdadeira, e muitas vezes a repassam, colaborando com a disseminação das *fake news.* De tal modo, a informação é a melhor maneira de combater a desinformação (*fake news*).

É possível ainda encontrar o termo "pós-verdade", o qual é designado para o momento em que a verdade já não é mais importante como já foi. Em 2016, a "pós-verdade" ou "*post-truth*" foi eleita a palavra do ano pelo Dicionário *Oxford.* A palavra é definida como um "relativo a ou que

[810]Doutoranda em Direito Empresarial - (FDUC - Portugal). Mestre em Direito do Trabalho (PUC/SP). Advogada e professora em cursos de graduação e pós-graduação. Contato: milenaguarda@hotmail.com.

[811]RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.). ***Fake News* e Regulação.** São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2018, p. 149.

denota circunstâncias nas quais fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que apelos à emoção e à crença pessoal".[812]

2. Da falta de regulamentação das *fake news*

Na sociedade das organizações a qualidade da informação estava ligada a formação profissional dos jornalistas, com técnicas de checagem e padrões éticos, a responsabilidade civil e penal do redator chefe do jornal, ou seja, a estrita ligação entre o padrão profissional e a organização com deveres legais. Com o mundo digital, os próprios usuários consomem, produzem e compartilham conteúdo.[813]

A China, como forma de restringir a *fake news,* limitou a liberdade de expressão de seus cidadãos. A Itália criou portal *online* para denúncias de *fake news.* A Alemanha é o primeiro país que tem legislação sobre o assunto (Lei Alemã para Melhoria da Aplicação da Leis nas Redes Sociais (Netz DG) foi promulgada como "Art. 1 da L. v. 1.9.2001I3352" do Parlamento Alemão, entrou em vigor em 01.10.2017).

O Brasil e Portugal não possuem legislação específica que veda a produção e o compartilhamento das *fake news.*

Hoje no Brasil existem20 projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional com proposta de criminalização das *fake news,* com penalidades que variam de R$ 1.500,00 até 8 anos de reclusão.[814]

Atualmente são debatidas algumas políticas públicas para o combate das *fake news.* A União Europeia está promovendo uma consulta pública[815] para encontrar soluções contra as *fake news.*

O Estado não tem como legislar de modo abstrato, sob pena de ofensa à liberdade de expressão, podendo caracterizar a censura. Assim, cabe ao Judiciário analisar o caso concreto e determinar as medidas cabíveis, dentre as quais a indenização pelo dano causado e retirada do conteúdo lesivo.

---

[812]BBC News. **Como Trump e o Brexit ajudaram a cunhar a 'palavra do ano' escolhida pelo dicionário Oxford.** 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37998165>. Acesso em: 25 jan. 2019.

[813] MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake New e autoregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.). **Fake News e Regulação.** São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2018. p. 221 e 222.

[814]GROSS, Clarissa Piterman. *Fake News* e Democracia: discutindo o *status* normativo do falso e a liberdade de expressão.In: DIAS, Diogo (Coord.). ***Fake news:*** a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Tomson Reuters Brasil, 2018, p. 154.

[815]COMISSÃO EUROPEIA. Consulta Pública, de 13 de novembro de 2018. Notícias falsas e a desinformação em linha. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-fake-news-and-online-disinformation_pt>. Acesso em: 27 jan. 2019.

A pré-validação de todos os comentários antes da sua publicação apenas é realizada em Portugal pelo jornal *Público.*[816]

A denúncia é o mecanismo de pós-validação do conteúdo digital. O *Facebook*e Youtube utilizam esse procedimento.

Em maio de 2016, a Comissão Europeia conjuntamente com o *Facebook, Twitter, Youtube* e *Microsoft* divulgaram um código de conduta. Em janeiro de 2018 houve a adesão do Instagram e da Google+ ao código.[817]

3.Dos bens juridicamente protegidos

Os cidadãos, tanto o Português como o Brasileiro, têm como garantia constitucional o direito à liberdade de expressão e o direito à informação (de informar, de se informar e de ser informado), sendo proibida a censura desses direitos.

Em contrapartida, ao exercer tais direitos, pode em algumas situações ocorrer a violação dos direitos da personalidade de outras pessoas, com a ofensa à intimidade da vida privada e familiar, à honra, à palavra e à imagem das pessoas.

Os direitos da personalidade estão previstos na Constituição da República Portuguesa (CRP) e na Constituição Federal do Brasil (CFB).

Na legislação portuguesa, o conjunto de direitos que incidem sobre a personalidade humana encontram-se no artigo 26º da CRP. Na legislação brasileira, os direitos da personalidade estão previstos no artigo 5º, inciso X, da CFB.

Os direitos da personalidade são direitos fundamentais e correspondem à intimidade da vida privada e familiar, à honra, à palavra e à imagem das pessoas.

O direito à intimidade à vida privada e familiar compreende a reserva de informações, impedindo que outras pessoas as acessem, bem como, o direito à preservação do segredo sobre à vida privada e familiar, ou seja, a proibição da divulgação dessas informações por quem as detém.[818]

---

[816]PEREIRA, Eulália; ALMEIDA, Margarida; PUGA, Pedro. Liberdade de expressão e a regulação dos comentários online. In: PORTUGAL. Procuradoria-geral da República. Gabinete Cibercrime da Procuradoria-geral da República (Coord.). **Informação e Liberdade de Expressão na Internet e a Violação de Direitos Fundamentais:** Comentários em Meios de Comunicação Online. Lisboa: INCM, 2014, p. 1980, (Edição do Kindle.), p. 2141.

[817]CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Alternativas para a remoção de *fake News* das redes sócias. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.). **Fake News e Regulação.** São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2018, p. 171.

[818]MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda Rodrigues de. **Curso de Direito da Comunicação Social.** Lisboa: WoltersKluwer Portugal, 2013.p. 122 e 123.

Tais direitos estão fundamentados no valor da dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade. Muitas vezes o direito à privacidade encontra-se envolvido com o direito à imagem, à palavra e à honra. [819]

A autodeterminação da vida privada tem previsão no artigo 35º, n. 3, CRP, ao instituir que a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes à vida privada, salvo mediante consentimento expresso do titular.

As figuras públicas têm maior intromissão no espaço reservado à privacidade, devido a exposição pública e o interesse público da vida de tais entes.[820]

A reserva sobre a intimidade da vida privada encontra-se no artigo 80º do Código Civil Português (CCP) e no artigo 21 do Código Civil Brasileiro (CCB).

O direito à defesa da honra refere-se ao direito de não ser ofendido ou lesado em sua honra, dignidade ou consideração social. Em sentido amplo, o direito à honra decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, ao bom nome, a consideração (prestígio social), o decoro (que se reporta às características comportamentais de natureza social da pessoa), o crédito (prestígio da pessoa associado às suas qualidades e capacidades econômicas-financeiras).[821]

A legislação penal portuguesa (art. 328º, CPP) prevê como crime a ofensa à honra do Presidente da República. Igualmente ocorre com a legislação penal brasileira (art. 141, inciso I, CPB).

O direito à palavra é um instrumento do exercício do direito à liberdade de expressão e desdobra-se em: a) direito à voz (sua sonoridade e timbre) que garante a proibição de gravações ou de realizações de escutas de conversas sem consentimento do visado[822], salvo contexto público; b) direito às palavras ditas, que assegura a fidedignidade da reprodução das palavras de uma pessoa; c) direito ao auditório, compreendido como o direito de decidir os destinatários da palavra. A proteção ao direito à palavra, quando é exercido num contexto de discurso público e intervém figuras públicas, reveste-se de especial acuidade, a fim de evitar a proscrição de manipulações.[823]

No direito penal português, a lei criminaliza as gravações e fotografias ilícitas (art. 119º, CPP), com conduta punível com pena de até 1 ano ou com pena de multa de até 240 dias. Ainda, está sujeito as sanções criminais quem utiliza ou permite que sejam utilizadas as gravações, ainda que licitamente produzidas, sem o consentimento do titular da palavra.[824]

---

[819]MACHADO; BRITO, op. cit., p. 122 e 123.
[820]Ibidem, p. 124.
[821]Ibid.,p. 110.
[822]O direito brasileiro tem posicionamento diverso quanto a gravações e escutas, autorizando em diversas circunstâncias, dentre as quais, quando feita por um dos interlocutores.
[823]MACHADO; BRITO, op. cit., p. 118.
[824]Ibidem, p. 119.

O direito à imagem compreende o direito de autodeterminar à exposição, reprodução e lançamento no comércio da própria imagem, ou seja, que sejam capturadas ou divulgadas fotografias de uma pessoa sem seu consentimento. Também compreende o direito de não ver seu retrato objeto de fotomontagens ou quaisquer distorções, causando prejuízo à honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada. Contudo, o consentimento é dispensado e restringe-se o âmbito de proteção ao direito à imagem se justificar a notoriedade da pessoa, o cargo que exerce, exigências de polícia ou do judiciário, finalidade científica, didática ou cultural, ou quando a reprodução da imagem originar de locais públicos ou fatos de interesse público.[825]

O direito penal português criminaliza a conduta de fotografar ou filmar outra pessoa que tenha manifestado a vontade de não ser fotografado ou filmado, mesmo em eventos que tenha participado. É vedado ainda utilizar ou permitir que utilizem as fotografias ou filmes, ainda que obtidos licitamente, contra a vontade do visado.[826]

A grande discussão sobre *fake news* está relacionada à liberdade de expressão e o direito à informação, pois são direitos fundamentais, irrenunciáveis e inerentes a todos os cidadãos. Assim, indaga-se: (a) até que ponto o autor ou propagador da *fake News* está amparado por tais direitos? (b) a limitação de tais direitos caracteriza censura?

A liberdade de expressão íntegra a categoria de direitos fundamentais, com previsão nos artigos 37º e seguintes da CRP; no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV, e no artigo 220, ambos da CFB; no artigo 10º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH); no artigo 19º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Está fundamentada no valor da dignidade da pessoa humana e é principio estruturante do Estado democrático de direito.

A liberdade de expressão engloba o direito de informar, de se informar e de ser informado. A liberdade de expressão ou *cluster right* das liberdades de comunicação, os quais abrangem a liberdade de expressão em sentido estrito (denominada também como liberdade de opinião), liberdade de informação, liberdade de imprensa (incluindo o direito dos jornalistas), liberdade de comunicação social (imprensa, rádio fusão, cinema), liberdade de comunicação individual (através das telecomunicações), liberdade acadêmica e a liberdade artística.[827]

Deve ser entendida como princípio quando existir interesses e direitos fundamentais em conflitos, com a aplicação do princípio da ponderação e da proporcionalidade.

O direito fundamental à liberdade de expressão deve ser interpretado para proteger o maior número de condutas possíveis (ideias, opiniões, críticas, juízo de valor, etc.), bem como, o

[825]MACHADO; BRITO, op. cit., p. 118.
[826]Ibidem,p. 119.
[827]Ibid.,p. 76 e 77.

meio utilizado para manifestar a expressão, garantindo a ampla tutela dos novos meios de expressão, tais como *blogs*, *chats*, redes sociais e outros.[828]

A liberdade de expressão anônima[829] é garantida como direito[830] (corolário do direito à reserva da intimidade da vida privada), mas deve ser resguardada a possibilidade de identificação do autor, para se assegurar uma possível reação contra seu exercício abusivo e lesivo a direitos da personalidade (controle *a posteriori*). Na mídia tradicional, centralizada em organizações (empresas jornalísticas), o dever de indicação do autor gera mecanismos de controle e a responsabilização pelo conteúdo.[831]

A liberdade de informação (artigo 37º da CRP e artigo 5º, XIV, CFB) está ligada às demais liberdades da comunicação. O direito de informar tem especial importância no contexto da liberdade de imprensa e no campo dos direitos dos jornalistas. O direito de informar, tradicionalmente ligado à figura do jornalista e da comunicação social, vem se transformando, passando os próprios indivíduos a exercer tal direito através das postagens em redes sociais, ou através da propagação de notícias de terceiros utilizando plataformas tecnológicas, permitindo partilhar a informação de forma imediata. O cidadão comum, que antes era o receptor da informação, passa a ser o emissor.[832]

O direito de ser informado é condição essencial de uma sociedade democrática, e, ainda, é imprescindível para a formação da própria opinião pública. As novas plataformas de comunicação apresentam a informação por palavra escrita, mas também por imagem e som, reconhecendo-se o direito à informação multimídia.[833]

A liberdade de informação também contém o direito de ser informado (art. 37º, CRP), ou seja, assegura o acesso dos cidadãos às fontes oficiais ou oficialmente sancionadas. Contudo, não existe um direito de ser informado quanto as informações que se pretende obter implique em violação de outros direitos, como o direito à privacidade, ao bom nome, a reputação, ao sigilo de correspondência e de telecomunicações, documentos confidenciais. Logo, não existe um direito de acesso ilimitado às fontes de informação.[834]

A liberdade de imprensa tem previsão no artigo 38º da CRP e no artigo 220, parágrafo primeiro, da CFB, a qual implica na liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores,

---

[828]MACHADO; BRITO, op. cit., p. 80.
[829] O anonimato no meio digital é quando se tem a mera identificação do IP (*Internet Protocol*) que sinaliza apenas o computador que emite os dados que foram transportados na rede, sem identificação da pessoa física do utilizador que acessou à Internet e disponibilizou a informação ou imagem.
[830] Embora entendido por alguns juristas que o anonimato é vedado na legislação brasileira conforme interpretação do art. 5º, inciso IV, CFB.
[831]MARANHÃO; CAMPOS, op. cit., p. 224 e 225.
[832]MACHADO; BRITO,op. cit., p. 81 e 82.
[833]Ibidem, p. 82 e 83.
[834]Ibid., p. 83 e 84.

bem como, o direito dos jornalistas ao acesso às fontes de informação, à proteção da independência e do sigilo profissional.[835]

A Constituição da República Portuguesa garante a liberdade e a independência dos órgãos da comunicação social perante o poder público e o poder econômico, a qual é assegurada pela ERC (Entidade Reguladora para a Comunicação Social). No Brasil não existe legislação correlata.

De acordo com o artigo 37º da CRP a liberdade de expressão não pode ser impedida ou limitada por qualquer forma de censura. No mesmo sentido o artigo 220, parágrafo segundo, da CFB veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

O princípio da proibição da censura aplica-se a liberdade de expressão e informação e demais liberdades da comunicação.

Assim, no ambiente virtual, medidas para coibir determinados conteúdos podem caracterizar censura ao exercício da liberdade de expressão e acesso à informação.

Hoje, pela ausência de regulamentação e mesmo se tratando de *fake news,* há um conflito entre os direitos e garantias constitucionais. De um lado tem o direito à privacidade, à intimidade, à hora; de outro lado a liberdade de expressão (de manifestação e de crítica) e o direito à informação.

4. *Fake news:* colisão de direitos fundamentais?

Como não existe hierarquia entre o direito à liberdade de expressão e de informação e os direitos fundamentais da personalidade, imperiosa a harmonização entre tais direitos, salvaguardando o núcleo essencial de cada direito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade (sentido estrito), da adequação e da necessidade.

Conforme artigo 18º da CRP "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos", e, ainda, a lei não poderá "diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".

De acordo com a doutrina portuguesa, numa situação de conflito entre a liberdade de comunicação e os direitos fundamentais da personalidade, deve ser utilizado um *princípio de concordância prática ou de harmonização*, com limitações e condicionamentos mútuos, impedindo a inaplicabilidade de um direito em detrimento do outro, otimizando cada um dos direitos em conflitos.[836]

[835]MACHADO; BRITO,op. cit., p. 88 e 89.
[836]Ibidem, p. 149.

Mas a legitimidade das restrições está ainda dependendo do cumprimento do *princípio da proporcionalidade em sentido amplo* ou da *proibição do excesso*. Esse princípio desdobra-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade (sentido estrito). O princípio da adequação exige que o meio utilizado seja adequado para atingir o fim. O princípio da necessidade impõe que o meio escolhido seja necessário para o fim. O princípio da proporcionalidade considera que o meio utilizado seja proporcional ao fim perseguido. No processo de ponderação, a solução é a harmonização dos direitos em conflito, caso não seja possível, deverá ponderar qual direito prevalece, salvaguardando o núcleo essencial do direito que sofreu restrição.[837]

Num contexto de um debate de interesse político ou público em geral, a liberdade de expressão tem um maior peso no critério de ponderação.[838]

No caso de formulação de juízos de valor ofensivos, a proteção concedida pela constituição à liberdade de expressão é mais ampla, devendo a conduta ser compreendida à luz da necessidade de garantir uma ampla esfera de discussão pública e necessita se afirmar numa base factual suficiente para os juízos de valor. Nunca é admitido ofensividade dos juízos de valor associados a humilhação, ao rebaixamento e ao vexame que afetam a dignidade da pessoa humana.[839]

O direito à privacidade não admite a exceção da verdade como justificativa de ofensa a referido direito. Assim, o direito objetiva proteger o indivíduo de divulgação de informação injuriosa, mesmo que verdadeira.[840]

5. Considerações finais

Os cidadãos, tanto o Português como o Brasileiro, têm como garantia constitucional o direito à liberdade de expressão e o direito à informação (de informar, de se informar e de ser informado), sendo proibida a censura desses direitos.

Em contrapartida, ao exercer tais direitos, pode em algumas situações causar a violação dos direitos da personalidade de outras pessoas, com ofensa à intimidade da vida privada e familiar, à honra, à palavra e à imagem das pessoas.

O Brasil e Portugal não possuem legislação específica que veda a produção e o compartilhamento das *fake news*.

O Estado não tem como legislar de modo abstrato, sob pena de ofensa a liberdade de expressão, podendo caracterizar a censura. Assim, cabe ao Judiciário, até que sobrevenha legislação

[837]MACHADO; BRITO,op. cit., p. 149.
[838]Ibidem, p. 114.
[839]Ibid., p. 113.
[840]Ibid., p. 125.

específica, analisar o caso concreto e determinar as medidas cabíveis, dentre as quais a indenização pelo dano causado e retirada do conteúdo lesivo.

Referências Bibliográficas

BBC News. **Como Trump e o Brexit ajudaram a cunhar a 'palavra do ano' escolhida pelo dicionário Oxford.** 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37998165>. Acesso em: 25 jan. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. Consulta Pública, de 13 de novembro de 2018. **Notícias falsas e a desinformação em linha.** Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-fake-news-and-online-disinformation_pt>. Acesso em: 27 jan. 2019.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Alternativas para a remoção de *fake News* das redes sócias. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.). **Fake News e Regulação.** São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2018.

GROSS, Clarissa Piterman. *Fake News* e Democracia: discutindo o *status* normativo do falso e a liberdade de expressão.In: DIAS, Diogo (Coord.). ***Fake news:*** a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Tomson Reuters Brasil, 2018.

MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda Rodrigues de. **Curso de Direito da Comunicação Social.** Lisboa: WoltersKluwer Portugal, 2013.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake New e autoregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.). **Fake News e Regulação.** São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2018.

PEREIRA, Eulália; ALMEIDA, Margarida; PUGA, Pedro. Liberdade de expressão e a regulação dos comentários online. In: PORTUGAL. Procuradoria-geral da República. Gabinete Cibercrime da Procuradoria-geral da República (Coord.). **Informação e Liberdade de Expressão na Internet e a Violação de Direitos Fundamentais:** Comentários em Meios de Comunicação Online. Lisboa: INCM, 2014, p. 1980, (Edição do Kindle).

RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.). ***Fake News*** **e Regulação.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Human Germline Engineering and Human Rights

Hab. Kinga Michałowska[841]
Cracow University of Economics

Daleksandra Nowak-Gruca[842]
Cracow University of Economics

Summary: 2. Germline genom modification. Is this human rights?. 3. Conclusions.4. References.

Introduction

On November 25, 2018, geneticist He Jiankui of China's Southern University of Science and Technology announced that his lab had successfully used the Crispr-Cas9 gene-editing system to make the world's first genetically edited human babies. Genome editing (also called gene editing) is a group of technologies that give scientists the ability to change an organism's DNA. These technologies allow genetic material to be added, removed, or altered at particular locations in the genome. Several approaches to genome editing have been developed. A recent one is known as CRISPR-Cas9, which is short for clustered regularly interspaced short palindromic repeats and CRISPR-associated protein 9. The emergence of the CRISPR-Cas9 system in 2012 enabled precisely targeted alterations to DNA sequences in living cells. The CRISPR-Cas9 system has generated a lot of excitement in the scientific community because it is faster, cheaper, more accurate, and more efficient than other existing genome editing methods. Genome editing is of great interest in the prevention and treatment of human diseases. Currently, most research on genome editing is done to understand diseases using cells and animal models. Scientists are still working to determine whether this approach is safe and effective for use in people. It is being explored in research on a wide variety of diseases, including single-gene disorders such as cystic fibrosis, hemophilia, and sickle cell disease. It also holds promise for the treatment and prevention of more complex diseases, such as cancer, heart disease, mental illness, and human

[841] Kinga Michałowska, dr hab., Cracow University of Economics, Department of Civil and Economic Law, ul. Rakowicka 27, 31-510 Krakow, Poland, e-mail: michalok@uek.krakow.pl
[842] Aleksandra Nowak-Gruca, dr, Cracow University of Economics, Department of Civil and Economic Law, ul. Rakowicka 27, 31-510 Krakow, Poland, e-mail: nowaka1@uek.krakow.pl

immunodeficiency virus (HIV) infection[843]. Following this, the question arises whether has He Jiankui modified the very blueprint of life.

In most countries, it is already legal to shape the genomes of our children in various ways, from the abortion of fetuses with Down's syndrome to the screening of embryos during IVF. For many years, it has been possible to do simpler genetic tests on embryos as part of IVF. DNA testing were not useful for diagnosis traits affected by multiple genes, such as diabetes, cancer risk. But new "polygenic" techniques for analysing many genetic regions at once have begun to make this possible. Genomic Prediction is the first company offering fertility clinics a test for screening IVF embryos for disease risk and low intelligence. For ethical reasons, Genomic Prediction won't help parents select high-IQ embryos in this way. But as the researchers say, the idea of using such tests to select embryos predicted to have high intelligence is technologically feasible.[844] The thought of shaping future generations to fit some pre-imagined ideal of strength and beauty is one that should make us uncomfortable but from a policy perspective, how would we draw the distinction between a medical and enhancement purpose for germline modification?

The aim of the article is to think about the current legal boundaries of medical interventions in the field of human enhancement. In the light of the latest discoveries of genetics, there is a need to determine how much care for the health of the unborn child and the responsibility for future offspring lies within the boundaries of inalienable human rights, and how much ingraining into human nature escapes from fundamental rights and requires rapid legal interference at the international and EU level .

2. Germline genom modification. Is this human rights?

After the announcement of Chinese scientist Jiankui He of the birth of twin girls whose DNA was altered using the gene-editing technique CRISPR, Marcy Darnovsky, Executive Director of the Center for Genetics and Society said: "If true, this amounts to unethical and reckless experimentation on human beings, and a grave abuse of human rights (...) We wish the best for the health of these babies, but strongly condemn the stunt that threatens their safety, and puts the rest of us at risk. Throwing open the door to a society of genetic haves and have-nots undermines our chances for a fair and just future (...) Policy makers, scientists, and public interest groups around the world have called for a moratorium or ban on altering the genes of future children and

[843] https://ghr.nlm.nih.gov/primer/genomicresearch/genomeediting, access 2019.02.08.
[844] See C. Wilson (2018). *Exclusive: A new test can predict IVF embryos' risk of having a low IQ*. New Scientist. https://www.newscientist.com/article/mg24032041-900-exclusive-a-new-test-can-predict-ivf-embryos-risk-of-having-a-low-iq/ access 2019.02.08.

generations (...) He's experiment violates the closest thing to a policy consensus we have. It would be illegal in dozens of countries"[845].

The discovery of CRISPR-Cas9, clinical applications of germline genome modification became more feasible, the debate on the ethical and legal implications of germline genome modification and its acceptability intensified. So far, this debate has taken place mostly at international conferences as well as in the (academic) literature. There is broad consensus among experts on the need to include more stakeholders in this debate, including the general public[846].

There are many reasons why people want to have genetically related children, and people's interest in doing so is protected by a widely recognised human right. The need for procreation arises from the human nature, but its implementation is related to two interpenetrating aspects - physical and mental. Lack of any element means that the decision on having a child will be either deprived of a voluntary element (sexual act topped with conceiving a child, in spite of the lack of will, possibly volition only on one side) or ineffective (despite attempts to conceive a child), which usually takes place in the event of physical or health problems. The situation of lack of will does not affect the conception of the child, but it can cause effects in the emotional relationship between the child (even in the prenatal period) and his parents. In turn, the physical aspect related to health condition is of key importance for the conception of a child - widely understood in relation to physical and mental health, can cause far-reaching consequences[847].

Enhancement of human nature is often juxtaposed against such concepts as: treatment or therapy applicable once a specific disease has been diagnosed. While attempting to define them, it is worth referring to the concepts developed by the World Health Organization (WHO). In the light of the latter, health is a condition characterized by the achievement of physical, mental and social well-being. Disease, for its part, means every disorder (destruction or deviation) of the appropriate structure or function of any part, organ or system of the organism, manifest in a characteristic set of symptoms, whose aetiology, pathology and prognosis may be either known or unknown. Health is accentuated and attention is paid to it in the form of appropriate diagnostics, research and the use of the achievements of medical sciences. Positive perception of the individual's health also includes reproductive health, with particular emphasis on the aspect of responsibility for them.

---

845 https://www.geneticsandsociety.org/press-statement/claim-genetically-modified-babies-if-true-grave-abuse-human-rights (access 17.02.2018).

846 S. Hendriks, N. A. A. Giesbertz, A. L. Bredenoord, S. Repping (2018). Reasons for being in favour of or against genome modification: a survey of the Dutch general public, *Human Reproduction Open*, Issue 3, 1 May 2018, hoy008, https://doi.org/10.1093/hropen/hoy008.

847 K. Michałowska (2017). *Niemajątkowe wartości życia rodzinnego w polskim prawie cywilnym*, Warszawa: CH Beck: 326.

According to the position presented by Alliance VITA: "Safety is the essential criterion for all pharmaceuticals and medical treatments when they are applied to human beings. This is even more crucially important when it concerns a procedure capable of inducing significant effects on the life of individuals who in the future might be considered as "custom-ordered", without their consent, and also transmit these genetic modifications to future generations. When the technique is used on human embryos, in view of giving birth to the child, he becomes a "lifelong guinea pig" for the technique employed to design his DNA. Any modifications in an individual's genome at the embryonic stage of development, will also affect his germ cells, (ovocytes for women, and spermatozoids for men). Thus, any modification will be irrevocably transferred to future generations with unpredictable consequences. Numerous researchers protest that we don't yet know enough about genetic interactions and possible unintended consequences of modifying the human genome. Even by eliminating some negative side-effects, other problems could occur, which could expose the individual or the entire human race to other potential risks, as serious as those which were initially targeted"[848].

In Europe the basic legal act protecting the human genome is the Oviedo Convention[849]. The Convention is the basic legal act on bioethics in Europe sets out the most important rules and protocols additional ones are its complement[850]. Together they form a framework for protection human rights and the dignity of the human person in the face of the development of applications of biology and medicine. The term "human rights" that appears in the full name The Convention derives from the principles laid down in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950[851]. Both conventions as part of the same system of protection of rights human, they complement each other and are based on the same rights and ideas. The analysis of international legal acts concerning the issues of parenthood, family and procreation is rather limited to legal guarantees regarding the right to found a family and the right to marry. For example, according to Article 12 of the European

[848] *New genetic technologies in human beings and Human rights*, https://www.alliancevita.org/wp-content/uploads/2017/04/2017-4-VITA-New-genetic-technologies-in-human-beings-and-Human-rights-site.pdf, access 17.02.2018.

[849] Oviedo Convention: Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine [1997] ETS No.164. (hereinafter 'the Oviedo convention').

[850] Convention on Human Rights and Biomedicine of 4 April 1997 was supplemented by four additional protocols: Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings (1998); Additional Protocol on Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin (2002); Additional Protocol on Biomedical Research (2005); Additional Protocol Concerning Genetic Testing for Health Purposes (2008). Poland signed the Convention in 1999, but has not ratified it so far.

[851] The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, better known as the European Convention on Human Rights, was opened for signature in Rome on 4 November 1950 and came into force in 1953. It was the first instrument to give effect to certain of the rights stated in the Universal Declaration of Human Rights and make them binding; https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

Convention of Human Rights, men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family in accordance with the national laws governing the exercise of this right. Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union[852]. safeguards the establishment of a family and the implementation of rights related to its foundation, including reproductive rights. A similar role was also played by Article 23 of International Covenant on Civil and Political Rights of 1966[853].

The Chapter IV of Oviedo Convention devoted to the protection of the human genome regulates the protection issues, stressing that all interventions aimed at making changes in the human genome can only be carried out for preventive, diagnostic or therapeutic purposes. According to Article 12 tests which are predictive of genetic diseases or which serve either to identify the subject as a carrier of a gene responsible for a disease or to detect a genetic predisposition or susceptibility to a disease may be performed only for health purposes or for scientific research linked to health purposes, and subject to appropriate genetic counseling. Article 14 of Oviedo Convention prohibits the planning and selection of a child's sex (gender selection), except when gender selection is justified due to the risk of a sex-dependent hereditary disease.

Both international and EU and national legal regulations protect the family, family life, private life included, among others in the form of parenthood, motherhood and fatherhood. In general, parenthood is a special value that is real in the possession of a child, as well as decisions made by both parents regarding his conception, birth and upbringing[854]. This right arises undoubtedly when the child is born, realizing in the care and upbringing of the child, but nevertheless combines with the earlier stage - the period of prenatal life. There are frequent situations that threaten the good of the *nasciturus*, in which parents can take specific actions relating to, among others, his health. Most often they include diverse research, both invasive and non-invasive, whose task is to rule out possible fetal malformations (prenatal diagnosis). More and more advanced DNA tests allow in particular to detect genetic defects, physical defects and to take appropriate therapeutic measures. The possibilities of modern medicine also allow for undertaking specific therapeutic measures during fetal life. Their justification is care for the health of a developing child, strengthened by the principle of the good of the child. According to Article 3 of the Convention on the Rights of the Child[855], all actions concerning children are undertaken to safeguard the interests of the child, to provide him protection and care to the extent necessary for

[852] Charter of Fundamental Rights of the European Union [2000] C 364/1.
[853] International Covenant of 19.12.1966 on Civil and Political Rights.(1977). *Journal of Laws* 1977/38/167.
[854] B. Banaszak (2012). *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz 2012. Wydanie 2*. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck: 150.
[855] Convention of 20. 11.1989 on the Rights of the Child adopted by the General Assembly of the United Nations. (1989). *Journal of Laws* 1991/120/526.

his wellbeing, in particular safety and health. The Convention treats the good of the child as a superior value. It is an instrument of interpretation of both convention norms and national law, being the directive for the application of law. Hence, the basic criterion for the assessment when deciding on the child's matters and resolving conflicts of interest - the child and other persons, including his parents, is the principle of the child's good. Insofar as the Convention sets out the principle of the good of the child in relation to the child already born, in the literature and in the projects of various legal acts it is indicated that it should also be observed with reference to the unborn child[856].

Independent experts of the Organization's International Bioethics Committee (IBC) published a report "Updating its Reflection on the Human Genome and Human Rights"[857] In it, the experts argue that "gene therapy could be a watershed in the history of medicine and genome editing is unquestionably one of the most promising undertakings of science for the sake of all humankind." But the ICB report cautions that "this development seems to require particular precautions and raises serious concerns, especially if the editing of the human genome should be applied to the germline and therefore introduce hereditary modifications, which could be transmitted to future generations. Recent advances have opened the door to genetic screening and testing for inherited diseases, gene therapy, the use of embryonic stem cells in medical research and the possibility of cloning and genetic "editing" for both medical and non-medical ends. "Interventions on the human genome should be admitted only for preventive, diagnostic or therapeutic reasons and without enacting modifications for descendants," says the IBC, arguing that the alternative would "jeopardize the inherent and therefore equal dignity of all human beings and renew eugenics"[858].

Meanwhile, in Great Britain, The Nuffield Council on Bioethics has announced in July 2018, a report into the social and ethical issues raised by the use of genome editing as a technology that could influence inherited characteristics in humans[859]. The report states that: "Genome editing is not currently available to people for reproductive purposes. Such procedures would be illegal in many countries, including the UK. The science is comparatively new and would require further refinement before it could be used clinically. To date, a small number of research groups in China,

856 T. Smyczyński (2014). *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 11. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck: 56,60.
857 Report of the IBC on updating its reflection on the Human Genome and Human Rights [2015] SHS/YES/IBC-22/15/2 REV.2.
858 UNESCO panel of experts calls for ban on "editing" of human DNA to avoid unethical tampering with hereditary traits (2015). http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/unesco_panel_of_experts_calls_for_ban_on_editing_of_hu/, access 17.02.2019.
859 See Nuffield Council on Bioethics (2018).Genome Editing and Human Reproduction: social and ethical issues. London: Nuffield Council on Bioethics; http://nuffieldbioethics.org/project/genome-editing-human-reproduction, access.

the US and the UK have used genome editing techniques in human embryos grown briefly in laboratories, outside of the human body. These have not been used to create babies. More research is needed before we can establish whether any of the genome editing techniques developed to date would be an effective, safe, and viable approach in any particular circumstances. Although it is lawful in the UK to create and use genome edited human embryos, sperm, or eggs in research, under strict licensing conditions, it would be illegal to use them in assisted reproduction. It would be necessary to change the law, which may require a long parliamentary process, before this could be permitted (...). The potential use of heritable genome editing interventions to influence the characteristics of future generations could be ethically acceptable in some circumstances, among others: it is intended to secure, and is consistent with, the welfare of a person who may be born as a consequence of interventions using genome edited cells; and it is consistent with social justice and solidarity, i.e. it should not be expected to increase disadvantage, discrimination, or division in society (...)There could be a long and complex legislative pathway to follow before any changes could be introduced that would permit heritable genome editing interventions. In the meantime, the law may need to be further amended to address specific potential applications that might not fall within the scope of the current regulatory regime"[860].

Conclusions

For the first time in history, humanness extends his dominion not to the outside world, but to himself - his body and mind. For centuries, *homo sapiens* used tools - for regulating rivers, domestication and crossing animals, and building more and more refined shelters. However, he had no influence on the structure of his body, cognitive processes, aging and mortality. Currently, human corporeality and cognitive abilities are constantly expanded (human enhancement). Millions of people use devices that aim to improve life: from eyeglasses to eyes, stimulation devices, bionic ears, heart valves and artificial limbs.

Unlike in many European countries, preimplantation genetic diagnosis (PGD) is not regulated in the United States. As a result, PGD may be used for any condition for which genetic testing is available, at the discretion of fertility specialists and their patients. In Great Britain, The Nuffield Council on Bioethics has recently announced that the potential use of heritable genome editing interventions to influence the characteristics of future generations could be ethically acceptable in some circumstances, among others, it should not be expected to increase disadvantage, discrimination, or division in society.

[860] http://nuffieldbioethics.org/report/genome-editing-human-reproduction-social-ethical-issues/recommendations-governance-actions, access 17.02.2019.

Our world is a constantly changing complex system, and people are part of this ever-changing system. In this context, the evolution of *homo sapiens* is a continuous process that shapes us now and will shape in the future, in the body and in the mind. Among the future directions for possible changes, a wide range of shaping future generations is indicated. If not regulated well-enough legally, gene editing could soon results unpredictable consequences. As genetic technologies are very costly, only the affluent social groups have access to them. Moreover, certain religious groups or ethnicities might also decide against the use of such medical intervention. Among the most ethical consequences of human enhancement currently controversial, there are issues of guaranteeing equal access to the use of new technologies and the problem of limits of interference in the human body. The question is whether the redefinition of man will not be necessary for the progress of medicine and technology[861]. Undoubtedly unprecedented, rapid civilization progress will soon drastically affect human nature and change the prevailing balance of power in political and social relations.

References:

Banaszak B. (2012). *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz 2012. Wydanie 2*. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck

Charter of Fundamental Rights of the European Union [2000] C 364/1.

Convention of 20. 11.1989 on the Rights of the Child adopted by the General Assembly of the United Nations. (1989). *Journal of Laws* 1991/120/526.

Fukuyama F. (2002). *Our Posthuman Future*. New York: Farrar, Straus and Giroux

Hendriks S., Giesbertz N. A. A., Bredenoord A. L., Repping S. (2018). Reasons for being in favour of or against genome modification: a survey of the Dutch general public, *Human Reproduction Open*, Issue 3, 1 May 2018, hoy008, https://doi.org/10.1093/hropen/hoy008.

International Covenant of 19.12.1966 on Civil and Political Rights.(1977). *Journal of Laws* 1977/38/167.

Michałowska K. (2017). *Niemajątkowe wartości życia rodzinnego w polskim prawie cywilnym*, Warszawa: CH Beck

New genetic technologies in human beings and Human rights, https://www.alliancevita.org/wp-content/uploads/2017/04/2017-4-VITA-New-genetic-technologies-in-human-beings-and-Human-rights-site.pdf, access 17.02.2018.

Nuffield Council on Bioethics (2018). Genome Editing and Human Reproduction: social and ethical issues. London: Nuffield Council on Bioethics; http://nuffieldbioethics.org/project/genome-editing-human-reproduction, access.

Oviedo Convention: Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine [1997] ETS No.164. (hereinafter 'the Oviedo convention').

Report of the IBC on updating its reflection on the Human Genome and Human Rights [2015] SHS/YES/IBC-22/15/2 REV.2.

Smyczyński T. (2014). *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 11. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck: 56,60.

UNESCO panel of experts calls for ban on "editing" of human DNA to avoid unethical tampering with hereditary traits (2015). http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-

[861] F. Fukuyama (2002). *Our Posthuman Future*. New York: Farrar, Straus and Giroux. chapter 9

view/news/unesco_panel_of_experts_calls_for_ban_on_editing_of_hu/, access 17.02.2019.

Wilson C. (2018). *Exclusive: A new test can predict IVF embryos' risk of having a low IQ*. New Scientist. https://www.newscientist.com/article/mg24032041-900-exclusive-a-new-test-can-predict-ivf-embryos-risk-of-having-a-low-iq/ access 2019.02.08

De estocolmo-1972 ao Acordo de Paris: a influência da soft law no direito internacional envolvendo questões climáticas

From stockholm-1972 to Paris Agreement: the influence of soft law in the international law involving climate issues

Caroline Buarque Leite de Oliveira[862]
Universidade Autônoma de Lisboa

Sumário: Introdução. 1. Soft Law x Hard Law. 1.1 O que é Soft Law? 1.2 O que é Hard Law? 2. As Questões Climáticas e a Soft Law. 2.1 A Conferência de Estocolmo-1972 como *start* para Acordos sobre o Clima. 2.2. O Protocolo de Kyoto. 3. O Acordo de Paris. 3.1 Uma Nova Perspectiva. 3.2 A Natureza do Acordo de Paris. 3.3. O Futuro do Acordo de Paris. Conclusão.

Introdução

A presente pesquisa visa analisar a relevância de instrumentos de soft law no Direito Internacional e sua contribuição para elaboração dos mais diversos documentos referentes às questões climáticas até o recente Acordo de Paris, objeto cerne deste trabalho.

Nesse cenário, diversas tentativas de solucionar o problema do clima (poluição, aquecimento, emissão de gases, etc.) já foram feitas. Desde a Conferência de Estocolmo em 1972, resultante em um documento de soft law, passando por outras tentativas, até o atual Acordo de Paris, a Organização das Nações Unidas - ONU vem tentando estabelecer em um esforço diplomático conjunto com os países, medidas para reduzir os impactos das mudanças climáticas.

Pautando-se em pesquisas bibliográficas, leis, doutrina, jurisprudência e artigos científicos, utilizou-se uma metodologia dedutiva, para analisar como instrumentos de soft law no Direito Internacional contribuíram para formar documentos inerentes às questões climáticas, que serviram como propulsores para a elaboração do Acordo de Paris.

O capítulo seguinte destina-se a definir o que vem a ser soft law num cenário de regulamentação internacional, fazendo-se sua distinção com hard law. Já no capítulo 2,

[862] Mestranda / Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Pós Graduanda no Curso Integrado de Direito Processual, Preparatório para Magistratura e Residência Jurídica pela Escola de Magistratura do Estado de Alagoas - ESMAL. Advogada. Autora de Livro. Mediadora Judicial e Extrajudicial de Conflitos por empresa autorizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Conciliadora Voluntária da Seção Judiciária de Maceió da Justiça Federal de Alagoas. Pós Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ. Pós Graduada em Direito Constitucional pela Universidade UNIDERP-Anhanguera-MS. email: carol_buarque@hotmail.com

abordaremos a aplicação dos instrumentos de soft law ao longo dos documentos mais importantes inerentes às questões climáticas, de modo a demonstrar a importância da soft law no contexto internacional, especialmente nas questões ambientais. Já o terceiro capítulo, será destinado ao Acordo de Paris, sua natureza jurídica e sua importância para o cenário mundial.

Ao final do trabalho, demonstraremos a aplicabilidade de instrumentos de soft law no cenário do Direito Internacional Ambiental, no cerne das questões climáticas e a influência dessas normas para a elaboração de documentos "juridicamente vinculantes".

1. Soft law x hard law

Imperioso destacar o que vem a ser a chamada soft law e sua distinção com a hard law. Posto que, somente uma vez entendido, será possível avaliarmos como os instrumentos de soft law influenciaram na formação de documentos que trataram e/ou tratam de questões climáticas ao longo de décadas, até chegar no atual Acordo de Paris.

1.1 O que é Soft Law?

A globalização que envolvia política, cultura, sociedade, economia e outros eixos deixaram novos desafios para o Direito Internacional. Nesse cenário, especialmente, cada vez mais se destaca a chamada soft law, pois é preciso haver uma regulamentação dessas relações. E se as leis são feitas pró-futuro, no âmbito internacional a situação fica mais complicada no caso de se haver uma "lacuna normativa".

Assim emergiu, a soft law, de caráter voluntário, portanto, não vinculante, com o objetivo de regular as relações, porém sem penalidades jurídicas. Ou seja, conforme ensina o Doutor Miguel Santos Neves, a soft law possui um caráter normativo (*standards* normativos) com vistas a regular comportamentos sociais, mas no caso de descumprimento não existem sanções vinculadas a elas.[863]

Em relação ao tipo de soft law, pode-se dizer que ela não é única, dividindo-se em primária, secundária e autônoma. A soft law primária refere-se a uma norma nova em área do Direito Internacional com lacuna normativa, que não tenha sido objeto norma vinculante (hard law). Neste caso, verifica-se que é inicial e dirigida a um grupo internacional.[864]

Já a soft law secundária, para que venha a nascer, depende da existência de uma norma vinculante (hard law), ou seja, ela tem uma interdependência direta com aquela. Seu objetivo é

[863] NEVES, Miguel dos Santos - **Introdução ao Direito**. Coordenação: Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, Anja Bothe, Antonio Carlos dos Santos, Jorge Morais Carvalho, Pedro Trovão do Rosário, António Pedro Ferreira, Constança Urbano de Sousa. Lisboa: Almedina. 2017. ISBN 9789724064741.

[864] Podemos exemplificar como soft law primária a Declaração de Estocolmo de 1972, documento elaborado na Suécia, contendo princípios e recomendações relacionadas à poluição e à preservação de recursos naturais.

justamente acessório; secundário, servindo basicamente para integração de lacunas normativas e auxílio em sua interpretação.

1.2 O que é Hard Law?

Doutrina Miguel dos Santos Neves que existe a visão positivista e a visão construtivista. Na primeira visão, considera-se que somente o hard law tem natureza jurídica, dessa forma o soft law fica fora desse sistema, sendo atrelado ao sistema político, de modo que hard law e soft law não se comunicam por características de juridicidade.[865]

Diferentemente, a perspectiva construtivista considera hard law e soft law pertinente a um sistema jurídico, sendo ambos instrumentos de regulamentação social, distinguindo-se pelo seu grau.[866]

Para os autores Kenneth Abbott e Duncan Snidal, a hard law "refere-se ao vínculo jurídico das obrigações que são precisas (ou pode ser feita através de adjudicação ou a emissão de normas) e que delegar autoridade para interpretação e aplicação da lei."[867]

Entendemos existir de fato uma característica de juridicidade marcante na hard law, de modo que pelas acepções já expostas, podemos dizer que no caso de um descumprimento de uma hard law haverá uma sanção jurídica, diferentemente da soft law. Neste caso, quando ocorrem as chamadas sanções, as mesmas são políticas. Acrescenta Dinah Shelton, que na prática é um tanto quanto difícil fazer essa diferenciação.[868]

2. As questões climáticas e a soft law

O chamado "efeito estufa" vem provocando o aquecimento do planeta, que a longo prazo poderá causar sérios danos ambientais. Diante deste cenário alarmante, a ONU tem tentado por meio de instrumentos internacionais, numa ação conjunta entre os Estados soberanos, neste caso, atores internacionais, selar um acordo para reduzir a temperatura no planeta, sendo o último deles o Acordo de Paris.

---

865 NEVES, Miguel dos Santos - **Introdução ao Direito**. Coordenação: Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, Anja Bothe, Antonio Carlos dos Santos, Jorge Morais Carvalho, Pedro Trovão do Rosário, António Pedro Ferreira, Constança Urbano de Sousa. Lisboa: Almedina. 2017. ISBN 9789724064741

866 *Ibdem.*

867 Livre tradução: "refers to legally binding obligations that are precise (or can be made precise through adjudication or the issuance of detailed regulations) and that delegate authority for interpreting and implementing the law." ABBOTT, Kenneth W, SNIDAL, Duncan - **Hard and Soft Law in International Governance,** v. 54, (3,) pp 421-456. International Organization, 2000. p. 421. [Em linha]. [Consult. 12 dez. 2018]. http://www.eastlaw.net/wp-content/uploads/2016/09/Legalization-hardlawsoftlaw.pdf

868 SHELTON, Dinah L. - Soft Law. In: **Handbook of International Law**. George Washington University Law School. Routledge Press. 2008. p.6.

Sem a finalidade de exaurir, trataremos de alguns acordos de modo a tentar destacar a soft law ou hard law, quando for o caso.

2.1 A Conferência de Estocolmo – 1972 como *start* para Acordos sobre o Clima

Por meio da ONU, Em 1972 foi realizada em Estocolmo, na Suécia, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que ficou conhecida como Conferência de Estocolmo.

Apesar de à época a Conferência de Estocolmo ter gerado um documento o qual podemos chamar de soft law, contendo princípios e recomendações acerca da poluição e da preservação dos recursos naturais[869], foi de extrema relevância para os Estados soberanos que dela participaram e para o Direito Internacional. Alguns países passaram a entender o Direito ao Meio Ambiente e inclusive adotá-los em suas Cartas.

No cerne da questão, Jones, Lacerda e Silva consideram que embora já houvesse debates em alguns países acerca de questões como a água, por exemplo, Estocolmo 1972 foi quem alertou o mundo para os problemas ambientais e suas conseqüências.[870].

Após esse marco, a ONU continuou realizando outras ações em prol das questões ambientais. Porém somente após 20 anos da Conferência de Estocolmo, que realmente houve um novo referencial no cenário mundial.

Merece destaque a Rio-92 ou Eco 92, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro/Brasil, onde lá foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente. Dos documentos gerados insta destacar a Agenda 21, que continha diretrizes e metas a serem cumpridas, e apesar de ser um documento de soft law, salienta Giorgio Badiali: "[...] porém, isto não significa que não possui qualquer relevância jurídica. Essa é, para a maioria dos estudiosos, o resultado de intensas negociações e reflete fase importante da maturidade da comunidade internacional [...]"[871]

Outro ponto que a se ressaltar foi a assinatura da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC) e da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), marcando um primeiro passo para a formação de um tratado internacional vinculativo. A partir de 1994 a CQNUMC entra em vigor e passar a vincular juridicamente os países, devendo os mesmos

869 PASSOS, Priscilla Nogueira Calmon de – A Conferência de Estocolmo como Ponto de Partida para a Proteção Internacional do Meio Ambiente. In: **Revista UniBrasil: Direitos Fundamentais & Democracia**. V.6, 2009. ISSN1982-0496. Acesso em: [Em linha]. [Consult. 12 de dez 2018.]. http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/18-19-1-pb.pdf

870 JONES JR, Joel; LACERDA, Paulo Sérgio Bergo de e SILVA, Flávia Matins.- Desenvolvimento Sustentável e Química Verde. In: **Quim Nova**, v. 28, n° 1, 103-110, 2005. p.103.

871 Livre tradução: "[...] ma ciò non significa che sia priva di qualsivoglia rilevanza giuridica. Essa è per lo più il frutto di intensi negoziati e riflette fasi importante dela maturazione della comunità Internazionale [...]". BADIALI, Giorgio - **La Tutela Internazionale Dell'Ambiente** 2ªed. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2007. p.28-29.

reunir-se anualmente para tratar sobre mudanças climáticas, nas chamadas Conferência das Partes-COP.[872]

2.2 O Protocolo de Kyoto

Foi em 1997, durante a realização da Terceira Conferência das Partes que foi assinado o Protocolo de Kyoto. Tratava-se de um acordo que estabelecia metas dirigida a determinados países desenvolvidos, considerados como maiores poluidores da atmosfera, ou seja, tinha o propósito de reduzir a emissão de gases causadores do efeito estufa, e conseqüente aquecimento global. O objetivo era reduzir os níveis em 5% comparando-se ao ano de 1990, no período de 2008 e 2012.

Ocorre que para entrar em vigor, o Acordo precisava ter 55 países que o ratificassem e, ainda, os países que o ratificassem, juntos fossem responsáveis pela emissão de 55% dos gases supra. O que dificultou a sua entrada em vigor, somente vinda a ocorrer em 2005, após 90 dias da ratificação feita pela Rússia.

Cumpre destacar, que os Estados Unidos da América - EUA, país responsável por um dos maiores índices de emissão[873] de gás carbônico do mundo, assinaram e não ratificaram o Acordo. Isso significa que o país não tem obrigações legais, pois não fez a ratificação. Sob essa ótica, para os EUA Kyoto ficou como instrumento de soft law. Para os países que ratificaram o Acordo, entendemos Kyoto como instrumento de hard law[874].

Após o Protocolo de Kyoto várias outras COPs foram realizadas, inclusive em 2008, a flexibilização do referido Protocolo, na tentativa de possibilitar que todos os países conseguissem alcançar suas metas de redução de emissão de gases causadores do efeito estufa.

Como Kyoto previa um Mecanismo de Desenvolvimento Limpo – MDL, em que se podiam comercializar créditos de carbono, a flexibilização possibilitava então, que países em desenvolvimento vendessem seus créditos para outros que fossem mais poluentes, ajudando-os então, a atingirem suas metas. Analisando um Acordo hard law como Kyoto, não entendemos salutar essa flexibilização com a introdução de norma soft law, de conteúdo contraditório à finalidade do Protocolo. Ainda assim, Kyoto não atingiu a finalidade que se propunha quando foi criado.

---

[872] GUIMARÃES, Roberto Pereira; FONTORA, Yuna Souza dos Reis da - Rio+20 ou Rio-20?: Crônica de um Fracasso Anunciado In: **Revista Ambiente & Sociedade**, versão online, vol. 15, n. 3, São Paulo, dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v15n3/a03v15n3.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2013. p. 25-28.

[873] Taxa de emissão mundial de dióxido de carbono: 36,1%. **Protoclo de Kyoto**. [Em linha]. [Consult. 10 dez 2018]. https://www.todamateria.com.br/protocolo-de-kyoto/

[874] Artigo 4º, inciso 5 do Protocolo de Kyoto. **Protocolo de Quioto à Convenção sobre Mudança do Clima**. [Em linha]. [Consult. 14 dez 2018]. http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/Protocolo_Quioto.pdf

3. O acordo de paris

Após a flexibilização do Protocolo de Kyoto, outras ações diplomáticas visando à redução da emissão de gases na atmosfera causadores do efeito estufa, foram realizadas. Havia uma preocupação de envolver mais países que não aderiram ao Acordo de Kyoto, e ainda, a preocupação com o passar dos anos em estabelecer um novo acordo, pois Kyoto tinha suas metas e prazos com data fim para vigorar, mesmo com suas emendas.

Dessa forma, começaria as negociações para um novo acordo, que nasceu em 2015, o chamado Acordo de Paris.

3.1 Uma nova perspectiva

Com a perspectiva de encontrar uma solução para as questões climáticas, realizou-se a 21ª Conferência dos Estados Partes – COP21, ocorrida em 2015, na cidade de Paris/França, ocasião da assinatura do Acordo de Paris, que sucede o Acordo de Kyoto, porém sob uma nova ótica: mais cooperativista e transparente, proporcionando aos países mudanças voluntárias, e envolvendo de maneira geral o mundo inteiro, pois diferentemente de Kyoto, não é dirigido apenas aos países industrializados.

Concatenando os objetivos do referido Acordo, Paris busca conter a elevação da temperatura do planeta em até 2ºC tendo com referencial o período pré-industrial, com esforços para conter em até 1,5ºC, e com o envolvimento de todos os países, além de definir metas e compromissos voluntários, que serão devidamente acompanhados, e de possibilitar que os países mais industrializados possam apoiar aqueles que não o são, em suas soluções na redução de emissão de gases causadores do efeito estufa.

Com a proposta de entrar em vigor em 2020, o Acordo de Paris consegue atingir a meta de ratificações no ano seguinte a sua elaboração, entrando em vigor em 2016.

3.2 Natureza do Acordo de Paris

Dúvidas são geradas em relação à natureza jurídica do Acordo de Paris porque este tem como uma de suas características impulsionar a mudança voluntária dos Estados. Além disso, ao ler o Acordo podemos perceber que há uma linha tênue entre a hard e a soft law, ainda que não seja visualizada sanções jurídicas.

O Acordo de Paris possui características híbridas, ora de soft law, ora de hard law[875], porém numa roupagem, hard law, ou seja, sua natureza jurídica é de hard law, conforme estabelece a Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados de 1969[876].

Trata-se de um documento redigido, de cunho formal, por meio do qual se firmou um acordo internacional entre Estados Soberanos, e assim, sob a égide do Direito Internacional. Mas, seu texto possui também normas de soft law[877]. Posto que, seria difícil que se conseguisse fazer cumprir um Acordo Internacional sobre Meio Ambiente que não se mesclasse esses dois instrumentos.

3.3 O Futuro do Acordo de Paris

A arquitetura do Acordo de Paris ao mesmo tempo em que vincula juridicamente os Estados para que seja efetivo e eficaz no que se propõe, em conter o aquecimento global, gerindo a emissão de gases poluentes, contempla uma flexibilização no sentido de cooperação entre os países envolvidos para que de maneira mútua se chegue ao objetivo final.

Em que pese a saída dos Estados Unidos do Acordo de Paris, comunicada em junho de 2017, pelo então presidente Donald Trump[878], causa um impacto negativo tanto para o país em questão, como para o referido Acordo. A concretização da retirada dos EUA somente será possível em novembro de 2020[879], conforme normatiza o documento.

Os efeitos reflexos para o país que se retirou do acordo ligam-se justamente às questões políticas que podem envolver os EUA no cenário mundial, haja vista ser um dos maiores emissores de gás carbônico do planeta, e já não ter ratificado o Protocolo de Kyoto, anterior ao Acordo de Paris. Porém, nada impede que os Estados Americanos possam produzir suas próprias normas para minimizar o aquecimento global.

Em relação ao impacto para o Acordo em si, não resta dúvidas de que fica enfraquecido, pois além dos Estados Unidos serem um dos maiores poluentes climáticos, é um país desenvolvido,

---

875 Por exemplo, Artigo 4º, Inciso 4º do Acordo de Paris. **Conferência das Partes - Vigésima Primeira Sessão**.Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio). [Em linha]. [Consult. 14 dez 2018]. https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf

876 Artigo 2º, alínea a. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. [Em linha]. [Consult. 14 dez 2018]. https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf

877 Artigo 4º, Inciso 6º do Acordo de Paris. **Conferência das Partes - Vigésima Primeira Sessão.**.*Op. Cit.*

878 METKZER, Thiago - **Artigo Analisa a Saída dos EUA do Acordo de Paris**. [Em linha]. [Consult. 14 dez 2018]. http://crbio04.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2218:artigo-analisa-saida-dos-eua-do-acordo-de-paris

879 Artigo 28º, inciso 1º: **Conferência das Partes - Vigésima Primeira Sessão**.Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio). [Em linha]. [Consult. 14 dez 2018]. https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf

e poderia com sua tecnologia e recursos, ajudar, voluntariamente, como preconiza o próprio Acordo, outros países a elaborarem medidas para conter o aquecimento global.

Considerando-se a evolução dos documentos internacionais relativos às questões do meio ambiente, em especial às questões climáticas, desde Estocolmo 1972 até o Acordo de Paris, não restam dúvidas que as normas de soft law foram e são de fundamental importância para a efetividade e eficácia do referido Acordo, sendo considerado um progresso no cenário internacional.

Conclusão

Verificou-se que a globalização foi um dos fatores propulsores para edição de normas de soft law. Podemos dizer que através do documento de soft law gerado na Conferência de Estocolmo em 1972, houve realmente um marco para o Direito Ambiental, e um "acordar" dos Estados no cerne do Direito Ambiental Internacional.

A dificuldade de estabelecer compromissos entre atores Estatais ou não, especialmente internacionais, foi facilitada pela soft law, possibilitando que se cumpra voluntariamente os acordos firmados. Seu caráter normativo permite uma maior flexibilização, o que facilita a modificação de documentos baseados nesses instrumentos, diferentemente, por exemplo, de uma lei.

Em se tratando do aquecimento global, o Protocolo de Kyoto foi um referencial na tentativa de buscar uma solução para as questões climáticas. Ressalta-se que o documento ao vigorar possuía natureza de hard law. Dessa forma, é factível constatar a influência das normas de soft law para a criação de acordos hard law, considerando-se o caminho percorrido desde Estocolmo 1972.

De fato, no Direito Ambiental, as normas de soft law realmente se destacam. Tanto o é, que o atual Acordo de Paris, que substitui o Protocolo de Kyoto, possui natureza jurídica de hard law, porém, seu texto há vários artigos contendo normas soft law, demonstrando explicitamente que instrumentos de soft law e hard law podem conviver harmonicamente.

Por fim, podemos concluir que independente do tipo de norma, estabelecer uma regra para definir se é melhor usar a hard law ou a soft law seria nos aprisionar num "mundo normativo" sem uma "justa causa". Cada uma tem sua relevância, e sua aplicação dependerá da finalidade, dos atores envolvidos, do momento histórico, urgência, ou seja, do que se queira e como se deseja regular.

Referências bibliográficas

ABBOTT, Kenneth W, SNIDAL, Duncan - **Hard and Soft Law in International Governance,** v. 54, (3) pp 421-456. International Organization, 2000. [Em linha]. [Consult. 12 dez. 2018]. http://www.eastlaw.net/wp-content/uploads/2016/09/Legalization-hardlawsoftlaw.pdf

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988 [Em linha]. [Consult. 14 dez 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Conferência das Partes - Vigésima Primeira Sessão.Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio). [Em linha]. [Consult. 14 dez 2018]. https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. [Em linha]. [Consult. 14 dez 2018]. https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf

BADIALI, Giorgio - **La Tutela Internazionale Dell'Ambiente** 2ªed. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2007

GUIMARÃES, Roberto Pereira; FONTORA, Yuna Souza dos Reis da - Rio+20 ou Rio-20?: Crônica de um Fracasso Anunciado In: **Revista Ambiente & Sociedade**, versão online, vol. 15, n. 3, São Paulo, dez. 2012. [em linha]. [Consult. 30 nov. 2018]. http://www.scielo.br/pdf/asoc/v15n3/a03v15n3.pdf.

JONES JR, Joel; LACERDA, Paulo Sérgio Bergo de e SILVA, Flávia Matins.- Desenvolvimento Sustentável e Química Verde. In: **Quim Nova**, v. 28, n° 1, 103-110, 2005.

METKZER, Thiago - **Artigo Analisa a Saída dos EUA do Acordo de Paris**. [Em linha]. [Consult. 14 dez 2018]. http://crbio04.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2218:artigo-analisa-saida-dos-eua-do-acordo-de-paris

NEVES, Miguel dos Santos - **Introdução ao Direito**. Coordenação: Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, Anja Bothe, Antonio Carlos dos Santos, Jorge Morais Carvalho, Pedro Trovão do Rosário, António Pedro Ferreira, Constança Urbano de Sousa. Lisboa: Almedina. 2017. ISBN 9789724064741

NEVES, Miguel dos Santos.- Direito Internacional da Água e Conflitualidade Internacional: Implicações do Reconhecimento da Àgua como Direito Humano. Portimão: Jurismat, nº..3, 2013.

PASSOS, Priscilla Nogueira Calmon de – A Conferência de Estocolmo como Ponto de Partida para a Proteção Internacional do Meio Ambiente. In: **Revista UniBrasil: Direitos Fundamentais & Democracia**. V.6, 2009. ISSN1982-0496. Acesso em: [Em linha]. [Consult. 12 de dez 2018]. http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/18-19-1-pb.pdf

Protoclo de Kyoto. [Em linha]. [Consult. 10 dez 2018]. https://www.todamateria.com.br/protocolo-de-kyoto/

Protocolo de Quioto à Convenção sobre Mudança do Clima. [Em linha]. [Consult. 14 dez 2018]. http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/Protocolo_Quioto.pdf

SALAMÉ, Mariana Bezerra – A Reação Internacional à Mudança Climática: o Protocolo de Quioto e seus Mecanismos para o Enfrentamento do Aquecimento Global. [Em linha]. [Consult. 14 dez. 2018]. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2488

SHAFFER, Gregory C. and POLLACK, Mark A., **Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance** (June 26, 2009). Minnesota Law Review, Vol. 94, pp. 706-99, 2010; Minnesota Legal Studies Research Paper nº. 09-23. [Em linha]. [Consult. 13 dez 2018]. https://ssrn.com/abstract=1426123.

SHELTON, Dinah L. - Soft Law. In: **Handbook of International Law**. George Washington University Law School. Routledge Press. 2008.

TUFFANI, Maurício - **Dez Anos Depois, Protocolo de Kyoto Falhou em Reduzir Emissões Mundiais**. [Em linha]. [Consult. 13 dez. 2018]. https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2015/02/1590476-dez-anos-depois-protocolo-de-kyoto-falhou-em-reduzir-emissoes-mundiais.shtml

Mecanismos híbridos y arbitraje fiscal internacional. A propósito de la viabilidad de la acción 2 del plan BEPS en Venezuela

Serviliano Abache Carvajal[880]

Gilberto Atencio Valladares[881]

Sumario: 1. Introducción. 2. Aproximación a los mecanismos híbridos desde la óptica del international tax arbitrage: entre los conceptos de elusión fiscal y planificación fiscal internacional. 3. Desajustes (mismatches) o conflictos de calificaciones y el elemento híbrido: revisión de algunos mecanismos híbridos (instrumentos o entidades) en el marco del international tax arbitrage. 4. Resultados (típicos) perseguidos mediante la utilización de mecanismos híbridos: deducción/no inclusión (D/NI outcomes); deducción/duplicada (D/D outcomes); y deducción/no inclusión indirectos (indirect D/NI outcomes). 5. Recomendaciones del reporte final de la acción 2 del plan BEPS: especial referencia a las *linking rules* o reglas conectoras. 6. Mecanismos híbridos en Venezuela: la eventual relevancia y viabilidad de la acción 2 del plan BEPS en el ordenamiento jurídico tributario venezolano.

1. Introducción

Por todos es conocido que los denominados *mecanismos híbridos* (instrumentos y entidades[882]), como bien lo ha planteado BILLARDI[883], buscan aprovecharse de las discordancias entre los regímenes tributarios de distintas jurisdicciones para —principalmente— generar la (mal llamada) «doble no imposición», más adecuadamente referida como *no imposición internacional*, en los

[880] Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Tributario mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Máster en Argumentación Jurídica mención *Sobresaliente*, Universidad de Alicante, España. Experto en Fiscalidad Internacional, Universidad de Santiago de Compostela, España. Doctorando en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor de pre y postgrado, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello.

[881] Abogado mención *Summa Cum Laude*, Universidad del Zulia. LLM, IE *Law School*, España. Experto en Fiscalidad Internacional, Universidad de Santiago de Compostela, España. Doctor en Derecho Tributario, Mención Europea, Sobresaliente *Cum Laude* por unanimidad, Universidad de Salamanca, España. Profesor, Universidad Rafael Urdaneta. Profesor asociado, IGEZ. Profesor invitado, Universidad de Santiago de Compostela. Profesor invitado, Universidad Marista de Mérida, México.

[882] Cf. GARCÍA NOVOA, César, «La influencia de las BEPS en el poder tributario internacional» (Comunicación Técnica - España), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015, p. 494.

[883] Cf. BILLARDI, Cristián J., «Análisis de compatibilidad de clausulas domésticas con BEPS» (Relatoría Nacional - Argentina), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015, p. 54.

términos que atinadamente lo explican FALCÓN Y TELLA y PULIDO GUERRA, en la medida que «[s]*i bien la "imposición" puede ser doble, o triple, etcétera, si concurren sobre un mismo objeto los impuestos de dos o más Estados, sin embargo la "no imposición" no admite multiplicadores, pues si "cero" entra en una multiplicación, el resultado es siempre "cero". Quiere con ello decirse que la "no imposición" es siempre eso —un supuesto no gravado— y que no tiene sentido alguno decir que resulta doblemente no gravado*»[884].

Es en esa línea, precisamente, en la que VALECILLOS propone una noción aproximativa sobre los mecanismos híbridos, para quien éstos consisten en «[a]*rreglos legales que explotan los tratamientos fiscales inconsistentes o asimétricos que bajo las leyes de dos o más jurisdicciones se le otorga a un mismo instrumento o entidad, con fines de lograr doble no imposición o el diferimiento de impuestos a largo plazo*»[885]. Por razón del fin perseguido con este tipo de mecanismos (trátese de *instrumentos* o *entidades* híbridas), éstos han sido objeto de censura por parte de la OCDE[886], al punto de decidir diseñar y proponer medidas en su contra en la acción 2 del muy conocido, comentado, polémico[887] y criticado[888] *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (plan BEPS)[889], dictado en 2013 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)[890] como consecuencia de la declaración que el G20 emitió un año antes, mediante el cual se concibió una hoja de ruta y un proyecto encaminado a encontrar soluciones a la *erosión de la base imponible y el traslado de beneficios empresariales*[891] a

---

884 FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *Derecho fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 113.

885 VALECILLOS, José Manuel, «Recomendaciones sobre mecanismos híbridos del plan BEPS y su viabilidad en Venezuela», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General),*Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tema II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, p. 90.

886 Entre otros documentos, la OCDE criticó los efectos de instrumentos híbridos, en el 2010, en el reporte *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*. Por su parte, la OCDE emitió, dos años más tarde, el reporte que sirvió de base para el Informe Final de la acción 2 del plan BEPS de la OCDE, intitulado *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*. Ambos documentos pueden ser consultados en: https://www.oecd.org/tax/aggressive/46023583.pdf y http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf., 2 de junio de 2018.

887 Cf. ATENCIO VALLADARES, Gilberto,«El plan "BEPS" y su posibilidad de incorporación en el ordenamiento jurídico venezolano» (Comunicación Técnica - Venezuela), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015, p. 660.

888 Entre otras razones, por su «enfoque militarista». Cf. SCHOUERI, Luis Eduardo y BARBOSA, Mateus Calicchio, «Transparency: from tax secrecy to the simplicity and reliability of the tax system», *British Tax Review*, Nº 5, Sweet & Maxwell-Thompson Reuters, Oxford, 2013, p. 681.

889 OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, consultado en http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en, 25 de mayo de 2018.

890 De la cual Venezuela no forma parte. Los treinta y cuatro (34) países miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía.

891 Por *erosión de la base imponible y traslado de beneficios*, como objetivo principal contra el cual se erige el plan BEPS para evitar que los ingresos transfronterizos no se graven (doble desimposición, doble desgravación, doble exención, doble no imposición, *double non taxation* o mejor denominada *no imposición internacional*) o casi no se graven (baja imposición o *low taxation*), la propia OCDE ha explicado que este fenómeno «[r]elates to arrangements that achieve no or low taxation by shifting profits away from the jurisdictions where the activities creating those profits take place. No or low taxation is not *per se* a cause of concern, but it becomes so when it is associated with practices that artificially segregate taxable income from the activities that generate it». OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion… cit*., p. 12. Por su parte, PALACIOS MÁRQUEZ ha considerado que este fenómeno consiste en la «[e]jecución de una planificación fiscal abrasiva

jurisdicciones donde se tribute menos[892] y para evitar el fenómeno de la (mal llamada) «doble no imposición»[893].

A lo anterior se sumó que, en el año 2015, la OCDE presentó sus Reportes Finales contentivos de recomendaciones dirigidas a lograr que las ganancias sean objeto de imposición en el lugar donde se realizan las actividades que las produzcan y donde se crea el valor[894], con lo que luce seguro afirmar que, en efecto, está teniendo lugar un cambio de paradigma en el seno de ese organismo internacional con un nuevo enfoque encaminado hacia la fiscalidad en el Estado de la fuente.

Partiendo de que el reporte final de la OCDE sobre la acción 2, intitulado *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*[895] divide sus recomendaciones entre las dirigidas a las leyes domésticas, en primer lugar, y las presentadas para asuntos de los CDIs, en segundo lugar, todas encaminadas a poner fin a las deducciones sin su contrapartida gravable, la deducción múltiple de un mismo gasto y la generación de múltiples créditos sobre impuestos pagados en el exterior (*foreign tax credits*) por un único y mismo pago de impuesto[896], centramos nuestra atención en presentar una aproximación a la viabilidad de que en Venezuela se adopten las principales recomendaciones de la OCDE para leyes domésticas, teniendo en cuenta, claro está, que *«*[l]*a explotación de mecanismos híbridos en nuestro país no pareciera ser una práctica común»*[897].

2. Aproximación a los mecanismos híbridos desde la óptica del *international tax arbitrage*: entre los conceptos de elusión fiscal y planificación fiscal internacional

Como es sabido, estos mecanismos suelen ser utilizados en estrategias de planificación fiscal internacional, debido a que mediante los mismos pueden disminuirse sustancialmente las bases imponibles en diferentes jurisdicciones, debiéndose tener en cuenta, con ello, que tales

---

por parte de las empresas de actuación internacional, apalancadas en los vacíos normativos y las debilidades institucionales, tendente a ocultar los beneficios obtenidos o para localizarlos en jurisdicciones de baja imposición con actividades económicas reducidas que motivan el establecimiento de regímenes diferenciales de nula incidencia». PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «La lucha contra la erosión de las bases de imposición y la transferencia de beneficios (BEPS)», *Ámbito Jurídico*, Año XV - Nº 193, noviembre, Legislación Económica, C. A., Caracas, 2014, p. 9.

892 Cf. ATENCIO VALLADARES, Gilberto,«El plan "BEPS" y su posibilidad…» *cit.*, p. 661.

893 «En ocasiones se habla de "doble no imposición" para referirse a los supuestos en que ninguno de los dos Estados contratantes grava determinada renta. Ahora bien, la expresión no es muy afortunada, desde el punto de vista lógico, pues si bien la "imposición" puede ser doble, o triple, etcétera, si concurren sobre un mismo objeto los impuestos de dos o más Estados, sin embargo la "no imposición" no admite multiplicadores, pues si "cero" entra en una multiplicación, el resultado es siempre "cero". Quiere con ello decirse que la "no imposición" es siempre eso —un supuesto no gravado— y que no tiene sentido alguno decir que resulta doblemente no gravado». FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *op. cit.*, p. 113.

894 Cf. VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, p. 91.

895 Este reporte de la OCDE puede consultarse en: http://www.oecd.org/tax/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report-9789264241138-en.htm, 2 de junio de 2018.

896 Cf. VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, p. 92.

897 *Idem*.

conductas no son —por definición— ilegales[898]. No obstante ello, debe dejarse claro que mucho se ha discutido en el escenario de la fiscalidad internacional sobre el empleo de estos mecanismos bajo el prisma de la elusión fiscal, habida cuenta el enfoque que recibió esta figura en el plano de las relaciones entre países, caracterizándose en el pasado, en los términos que enseña GARCÍA NOVOA, por «[e]*l aprovechamiento indebido de las diferencias de tributación derivadas de la aplicación de las ventajas fiscales previstas por otros Estados diferentes del de residencia*»[899], habiendo sido la *nota distintiva* de la elusión internacional las características del país de que se tratara y que ofreciera las ventajas fiscales, llámese una jurisdicción de baja imposición, un régimen preferencial o una jurisdicción no cooperante. Por argumento *a contrario*, todo aprovechamiento de beneficios tributarios ofrecidos por países no inscritos en las lides de la competencia fiscal perjudicial, calificaba, entonces, como lícita planificación fiscal internacional[900].

En los tiempos que corren, la noción tradicional de elusión fiscal internacional descrita ha sido (cuestionablemente) dejada atrás[901]. La implementación y aparición de distintos esquemas o estructuras, especialmente por parte de ciertas multinacionales, ha llevado a que progresivamente se desplacen los conceptos clásicos de elusión y abuso, al punto de encontrarnos ante lo que podría denominarse, como sugiere GARCÍA NOVOA, la *elasticidad negativa* del término planificación fiscal, *comprimiéndose* conceptualmente tanto esta categoría que no abarcaría o dejaría fuera de su alcance una serie de ventajas fiscales ofrecidas por ciertos ordenamientos jurídicos, o lo que es lo mismo y como lo percibimos, de manera proporcionalmente inversa se ha *ampliado* la noción de elusión fiscal internacional, en forma rechazable y lesiva de la libertad de acción de los contribuyentes[902]. Y es precisamente en el marco de este fenómeno, que surge el llamado *international tax arbitrage* o arbitraje fiscal internacional[903].

---

898 Cf. *Idem*.

899 GARCÍA NOVOA, César, *El Derecho tributario actual. Innovaciones y desafíos*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Serie Monografías Tributarias, Bogotá, 2015, p. 199.

900 Cf. *Idem*.

901 Tal como lo expone GARCÍA NOVOA: «En suma; lo razonable sería mantener el criterio tradicional de la teoría de la elusión según el cual la diferencia entre la elusión y la planificación fiscal lícita está en el aprovechamiento abusivo de las ventajas fiscales en el caso de la primera. Según esta tesis tradicional, el mero hecho de obtener ventajas de los defectos de legislación supone una lícita planificación fiscal si no va acompañada de prácticas abusivas». *Ibid.*, p. 202.

902 Una feliz excepción a lo planteado, la observamos en la sentencia N° 27113/diciembre 2016, de la Corte Suprema de Casación de Italia (*Corte Suprema di Cassazione*), mediante la cual se sentó entre otras cosas —y esto es lo especialmente relevante para lo que estamos abordando, en tanto se erige como una resistencia a la comentada *elasticidad negativa* del concepto de lícita planificación fiscal—, que el hecho de carecer de estructura organizativa y de empleados, no hace calificar *per se* a una compañía tenedora de acciones (*holding company*) como un vehículo de tránsito o conducto (*conduit vehicle*), los cuales, dependiendo de la forma cómo sean utilizados, pueden adolecer de una connotación abusiva o elusiva. Para un breve análisis del caso, *vid.* LUDOVICI, Paolo, «Lack of Organizational Structure is not Decisive in Characterizing the Holding Companies as Conduit Vehicles: Italian Supreme Court Decides», *Kluwer International Tax Blog*, edición de 2 de marzo de 2017, en: http://kluwertaxblog.com/2017/03/02/lack-of-organizational-structure-is-not-decisive-in-characterizing-the-holding-companies-as-conduit-vehicles-italian-supreme-court-decides/, 3 de junio de 2018.

903 Cf. GARCÍA NOVOA, César, *El Derecho tributario actual... cit.*, pp. 202 y 203.

En efecto, esta figura se centra en el aprovechamiento de las disparidades o asimetrías entre los sistemas jurídicos de los países, con la finalidad de obtener beneficios en materia fiscal. En palabras de GARCÍA NOVOA,*«*[e]*l arbitraje hace referencia a "la posibilidad de obtener un tratamiento fiscal asimétrico para las distintas facetas de una operación que resulta en la obtención de una ventaja fiscal", aun cuando la operación, a través de la que se pretende lograr ese resultado asimétrico, no resulte económicamente rentable "antes de impuestos"»*[904]. Por ello, en la actualidad la obtención de ventajas tributarias mediante mecanismos híbridos además de calificar o encuadrar en el espectro del arbitraje fiscal internacional, también —en nuestra opinión, indebidamente— se inserta en las llamadas «planificaciones fiscales agresivas»[905].

En razón de lo anterior, consideramos que se podría concebir al arbitraje fiscal internacional como un *fenómeno* que goza de una doble vertiente (elusión fiscal: *lo reprochable*; y planificación fiscal lícita: *lo aceptable*), mientras que los mecanismos híbridos (instrumentos o entidades) representarían *medios* de materialización o concreción de ese fenómeno.

3. Desajustes (*mismatches*) o conflictos de calificaciones y el elemento híbrido: revisión de algunos *mecanismos híbridos* (instrumentos o entidades) en el marco del *international tax arbitrage*

En lo que a los desajustes (*mistmaches*) o asimetrías se refiere, esto es, *«*[l]*as diferencias en el tratamiento fiscal que distintos países otorgan a un mismo instrumento financiero, transferencia o entidad»*[906], los mismos también han sido caracterizados —con razón— como «conflictos de calificación», en la medida que no hay consenso por parte de las diferentes jurisdicciones involucradas sobre la tipología y el tratamiento de la *entidad* o del *instrumento*, a fines fiscales[907].

Sobre el *elemento híbrido*, y siguiendo los lineamientos de la OCDE, debe tener en cuenta que *«*[p]*ara que el desajuste sea considerado un desajuste híbrido, las diferencias en el tratamiento fiscal de un mismo pago deben responder a los términos del instrumento financiero. En el caso de las entidades, el elemento híbrido está presente si mediante el arreglo se explotan los desajustes que resultan de la transparencia y la opacidad para fines fiscales de una misma entidad en dos países»*[908].

Por su parte, en relación a las distintas modalidades de mecanismos híbridos, en tanto *medios* de materialización o concreción del *international tax arbitrage*, son varios los ejemplos que se

---

[904] GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 31.
[905] Cf. VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, p. 93.
[906] *Idem*.
[907] Cf. *Ibid.*, p. 94.
[908] Cf. *Idem.*

tienen de los mismos[909]. En este sentido, en lo que a los *instrumentos híbridos* se refiere, destacan los siguientes:

(i) *Instrumentos financieros híbridos*: éstos gozan, en esencia, de una doble o múltiple calificación en su naturaleza jurídica bajo las leyes de distintos países, por lo que para uno podrían considerarse como financiamiento o deuda y, por ello, serían gastos deducibles, mientras que para otro ese mismo instrumento sería entendible como un instrumento de capital, calificando los pagos recibidos bajo el mismo como dividendos o retorno de capital y, en razón de ese tratamiento, estar exentos o no sujetos, lo que eventualmente generaría su deducción por un lado y su no gravamen por el otro; y

(ii) *Transferencias híbridas*: éstas involucran transferencias de instrumentos financieros, cuyos tratamientos asimétricos por las distintas jurisdicciones involucradas, tiene como consecuencia que el mismo instrumento sea fiscalmente tratado como propiedad de más de un contribuyente. El caso paradigmático de estas transferencias se estructura mediante los denominados acuerdos de recompra (*repurchase agreements*) o, simplemente «repo», bajo los cuales los términos de la operación hacen que la transferencia de unos activos sea calificada en un país como un préstamo garantizado, mientras que en el otro país involucrado recibe el tratamiento de una enajenación[910].

De otro lado, las *entidades híbridas* se presentan porque una misma entidad es tratada bajo las leyes de una jurisdicción como una «entidad opaca», entiéndase, como un ente separado, mientras que de conformidad con las leyes de otra jurisdicción se entiende que es una «entidad transparente», esto es, que son tratados como si fueran un mismo contribuyente, en el entendido de que tributarían a nivel de sus accionistas[911], o lo que es lo mismo, *«*[h]*ybrid entities offer the tax advantages of the transparent entity form, i. e., a branch or partnership»*[912].

Como puede apreciarse, lo anterior se refiere a que en el marco de un grupo multinacional, integrado —como es normal— por distintas entidades, la relación jurídico-tributaria entre ellas puede ser de partes *autónomas*, es decir, con *personalidades jurídicas distintas* (las llamadas «entidades opacas», *e. g.corporations* en los Estados Unidos de América y *compañías anónimas* en Venezuela) en el ordenamiento jurídico de un determinado país, mientras que la misma relación entre esas entidades puede recibir, conforme al ordenamiento jurídico de otro país, un tratamiento fiscal *transparente* (de *pass through entity*) y, por ello, no se tributaría a nivel de la entidad, sino de sus socios o accionistas

909 Cf. *Ibid.*, pp. 94-96.
910 Varios ejemplos de distintos instrumentos híbridos y sus efectos, pueden verse en: MALHERBE, Jacques, TELLO, Carol P., y GRAU RUIZ, María Amparo,*La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Serie Monografías Tributarias, Bogotá, 2015, pp. 167-169.
911 Cf. VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, p. 95.
912DORFMUELLER, Pia, *Tax planning for U. S. MNCs with EU holding companies: goals, tools, barriers,* Kluwer Law International, Hague-Londres-Nueva York, 2003, p. 75.

(las llamadas «entidades transparentes», *e. g. partnerships* estadounidenses y sociedades de personas venezolanas).

Por su parte, así como las «entidades híbridas clásicas» tributan a nivel de la entidad en su país de constitución y son transparentes a fines del otro país, las denominadas «entidades híbridas reversas» o *híbridos reversos* gozan de un tratamiento a la inversa, en la medida que las entidades son tratadas como *transparentes* bajo las leyes del país de su constitución, mientras que son consideradas *opacas* bajo las leyes del país de su inversor y, por ello, son tratadas como un contribuyente separado[913].

También es de notar que en algunos casos los mecanismos híbridos involucran *entidades residentes duales*[914] que, como es sabido, consisten en entidades que califican simultáneamente como residentes fiscales en dos jurisdicciones bajo sus respectivas legislaciones domésticas[915].

4. Resultados (típicos) perseguidos mediante la utilización de mecanismos híbridos: deducción/no inclusión (*D/NI outcomes*); deducción/duplicada (*D/D outcomes*); y deducción/no inclusión indirectos (*indirect D/NI outcomes*)

También deben tenerse en cuenta los resultados —por demás, típicos— perseguidos mediante la utilización de mecanismos híbridos, siempre con la finalidad de beneficiarse de los desajustes o asimetrías de los ordenamientos jurídicos de las jurisdicciones involucradas en la operación de que se trate[916], cuales son:

(i) Resultados deducción/no inclusión (*D/NI outcomes*), en los cuales los pagos (realizados mediante instrumentos híbridos, por entidades híbridas o a estas entidades) son deducibles para el pagador de conformidad con las leyes de su país y no son gravables para beneficiario o gozan de una exención (total o parcial);

---

913 Cf. VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, p. 95.
914 Cf. *Ibid.*, p. 96.
915 Como bien lo explica VALECILLOS, la utilización de estos mecanismos híbridos son principalmente factibles para los grupos multinacionales estadounidenses, por la posibilidad que tienen de *elegir* el tratamiento fiscal aplicable a sus entes extranjeros (como *opacos* o *transparentes*). En efecto, conforme a sus conocidas *check-the-box regulations*, las multinacionales estadounidenses pueden elegir tratar fiscalmente como transparente a una subsidiaria extranjera, que en el país de su constitución es considerada un contribuyente separado o una entidad opaca. [Cf. *Ibid.*, p. 95] En efecto, el 17 de diciembre de 1996 el *Internal Revenue Service* (IRS) y el Departamento del Tesoro emitieron las regulaciones finales sobre la clasificación de empresas domésticas y extranjeras estadounidenses. La introducción de las *check-the-box regulations*, vigentes a partir del 1° de enero de 1997, ha agregado bastante flexibilidad y ha creado muchas alternativas nuevas para estructurar operaciones multinacionales. Las compañías pueden organizar sus sucursales y subsidiarias alrededor del mundo en formas que optimicen tanto su fiscalidad extranjera cuanto su tratamiento tributario estadounidense. [Cf. DORFMUELLER, Pia, *op. cit.*, p. 70.] También, sobre las reglas o sistema *check-the-box* estadounidense, *vid.* GARCÍA NOVOA, César,*El Derecho tributario actual... cit.*, pp. 200-201.
916 Cf. VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, pp. 96-99.

(ii) Resultados deducción/duplicada (*D/D outcomes*), también conocidos como *double dip*[917], se refieren a que los pagos efectuados por entidades híbridas califican como deducciones para la entidad híbrida que es *opaca* en el país donde opera, y ese mismo pago también resulta deducible para sus accionistas, en cuyo país la entidad híbrida es considerada *transparente*; y

(iii) Resultados deducción/no inclusión indirectos (*indirect D/NI outcomes*), en los cuales, una vez realizada una operación como la descrita en el primer tipo de resultados, el contribuyente traslade el resultado de la misma (D/NI) a un tercer país, lo que podría concretarse mediante un préstamo a una entidad ubicada en ese tercer país. Como bien lo explica VALECILLOS «[b]*asta con que dos entidades en dos jurisdicciones suscriban un instrumento financiero híbrido, y que la entidad que recibe el financiamiento a su vez preste el dinero recibido a una entidad en un tercer país para que el efecto neto de la deducción sin correspondiente inclusión en ingresos gravables sea trasladado a ese país*»[918].

5. Recomendaciones del reporte final de la acción 2 del plan BEPS: especial referencia a las *linking rules* o reglas conectoras

En el marco de las recomendaciones vertidas por la OCDE en su reporte final sobre la acción 2 del plan BEPS[919], reviste especial importancia la dirigida a las *leyes domésticas* de los distintos Estados, para que adopten en sus respectivos ordenamientos jurídicos las llamadas *linking rules* o reglas conectoras, cuya finalidad es dar uniformidad o armonización a los tratamientos fiscales de los países involucrados con ocasión al mecanismo híbrido empleado (instrumento o entidad) en una determinada operación, para así evitar las denunciadas consecuencias tributarias disímiles o asimétricas[920].

Mediante estas normas contra mecanismos híbridos lo que se pretende, como explica GARCÍA NOVOA, es que los países cierren la posibilidad de que los contribuyentes deduzcan un pago que no sea incluido en la base imponible o enriquecimiento sujeto a tributación del

[917]Cf. GARCÍA NOVOA, César, «La influencia de las BEPS…» *cit.*, p. 495.
[918]VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, p. 99.
[919] Las recomendaciones enfocadas o dirigidas para las *legislaciones domésticas* contienen: (i) reglas sobre instrumentos financieros híbridos; (ii) recomendaciones sobre el tratamiento de instrumentos financieros; (iii) reglas sobre desconocimiento de pagos híbridos; (iv) reglas sobre híbridos reversos; (v) recomendaciones específicas sobre el tratamiento de híbridos reversos; (vi) reglas sobre pagos híbridos reversos deducibles; (vii) reglas sobre pagadores residentes duales; (viii) reglas sobre desajustes importados; (ix) principios de diseño; y (x) definición de arreglo estructurado, personas vinculadas, grupo de control y actuación en conjunto. Cf. *Ibid.*, p. 100.
[920] Cf. *Idem.*

beneficiario, o que lo aminoren si también resulta deducible para este último[921]. En definitiva, lo que persiguen es evitar un *doble beneficio*.

A los efectos de introducir estas reglas conectoras, debe tenerse en cuenta que la OCDE propone una jerarquía en su aplicación, para prevenir que más de un Estado las aplique al mismo mecanismo híbrido, estableciéndose reglas primarias (*primary rules*) y reglas defensivas (*defensive rules*) en su segundo nivel. En efecto «[b]*ajo la regla primaria, se niega la deducción de un pago si ese pago no es incluido en los ingresos gravables del receptor, o si el receptor también puede tomar una deducción sobre ese mismo pago. Según la regla defensiva, un pago debe ser incluido en los ingresos gravables del receptor si ese pago es deducible a nivel del pagador, o se niega la doble deducción al nivel del receptor del pago*»[922], pretendiendo evitar mediante la aplicación de las mismas, como podrá apreciarse, los aludidos (y típicos) resultados *D/NI outcomes* y *D/D outcomes*.

6. Mecanismos híbridos en Venezuela: la eventual relevancia y viabilidad de la acción 2 del plan BEPS en el ordenamiento jurídico tributario venezolano

El análisis del tratamiento fiscal desde la legislación venezolana de los mecanismos (instrumentos o entidades) híbridos celebrados con entes ubicados en otros países, debe plantearse desde una doble perspectiva, a saber: (i) si la entidad venezolana es la *receptora* del pago, o (ii) si la entidad venezolana es la *pagadora*.

En primer lugar, si la entidad venezolana fuese la *receptora* o *beneficiaria* del pago, reparando en la definición restrictiva de dividendos a los fines de su tributación, conforme a la cual cuando los mismos son de fuente extranjera y son recibidos por residentes (personas naturales o jurídicas en sentido estricto) están gravados y que a los fines de nuestra legislación las entidades extranjeras son *opacas*, las características de la Ley de Impuesto Sobre la Renta (LISLR) venezolana[923] no permitirían —por lo menos fácilmente— que se procuraran los *D/NI outcomes* o *D/D outcomes*, por razón de que, de una u otra forma, los ingresos resultarían gravados[924].

En segundo lugar, y partiendo de la premisa de que, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, en la LISLR venezolana no existe prohibición alguna para deducir un gasto porque el mismo no esté gravado en la jurisdicción del receptor del mismo, se ha considerado que si la *entidad pagadora* en arreglos híbridos fuese venezolana«[s]*í se pueden producir resultados D/NI o D/D que erosionarían la base imponible venezolana*»[925]. En nuestra opinión, esta posición debe ser matizada.

---

921 Cf. GARCÍA NOVOA, César, *Hacia un Derecho tributario global*, Vergara & Asociados-Plural Editores, La Paz, 2016, p. 93.
922 VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, p. 101.
923 Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 6.210 Extraordinario, 30 de diciembre de 2015.
924 Cf. VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, pp. 108-111.
925 *Ibid.*, p. 112.

Más que erosionarse la base imponible de la entidad venezolana pagadora, por ejemplo, mediante la deducción de intereses *pagados*, lo que pudiera estarse «erosionando» —en todo caso[926]— sería la base imponible del receptor o beneficiario del pago ante una eventual calificación de no sujeción o total exención, al revestir —o así hacerlo ver— una naturaleza distinta (digamos, de capital o de dividendos) dicho pago en la otra jurisdicción.

Si bien la dogmática no ha llegado a afirmar que tal «erosión de la base imponible de la entidad venezolana» daría lugar a rechazar la deducibilidad de dicho gasto, debemos aprovechar la oportunidad para dejar claro que, en nuestra opinión, mal podría cercenarse el derecho a la deducción del contribuyente venezolano, *ex* artículo 27 de la LISLR[927], sobre una erogación que conforme a nuestra legislación califique, en efecto, como un *gasto deducible* a los fines de determinar su enriquecimiento *neto*[928] (en tanto egreso causado, no imputado al costo, normal, necesario, territorial y dirigido a producir el enriquecimiento), porque éste reciba un tratamiento disímil en la ley de otro país. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que está en juego el principio de capacidad contributiva, *ex* artículo 316 de la Constitución venezolana[929], lo que evidencia que el análisis sobre la eventual adopción de *medidas anti-mecanismos híbridos* a tenor de la acción 2 del plan BEPS, debe ser objeto de profusas discusiones y ponderadas cavilaciones.

Y es precisamente en esa línea reflexiva, que también se ha razonado que, antes de incluso considerar la adopción de las recomendaciones del reporte final sobre la acción 2, sería necesario que Venezuela se adhiriese a las tendencias mundial e sen materia de transparencia fiscal, intercambio de información y cooperación entre Administraciones tributarias[930], concretamente

---

926 Y decimos *en todo caso*, porque perfectamente pudiéramos estar frente a una situación en la que no haya erosión de base imponible alguna, en su vertiente reprochable, sino que —precisamente— pudiera ser el resultado de una *lícita planificación fiscal* mediante la cual el contribuyente haya sacado provecho de las asimetrías existentes entre dos jurisdicciones (*international tax arbitrage*), en la medida que no califique ninguna de ellas como un paraíso fiscal, una jurisdicción no cooperativa o un régimen fiscal perjudicial, esto es, sin estar ante un eventual supuesto de *elusión fiscal internacional* (en su noción tradicional) por razón de la estructuración de una *planificación fiscal agresiva*. Sobre el cambio de paradigma de *paraísos fiscales* a *jurisdicciones no cooperantes*, *vid.* ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «De "paraísos fiscales" a "jurisdicciones no cooperativas"», *Ámbito Jurídico*, Año XVIII - Nº 207, abril-junio, Legislación Económica, Caracas, 2017.

927 Artículo 27 de la LISLR: «Para obtener el enriquecimiento neto global se harán de la renta bruta las deducciones que se expresan a continuación, las cuales, salvo disposición en contrario, deberán corresponder a egresos causados no imputados al costo, normales y necesarios, hechos en el país con el objeto de producir el enriquecimiento: (…)».

928 Artículo 4 de la LISLR: «Son enriquecimientos netos los incrementos de patrimonio que resulten después de restar de los ingresos brutos, los costos y deducciones permitidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, sin perjuicio respecto del enriquecimiento neto de fuente territorial, del ajuste por inflación previsto en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley».

929 Artículo 316 de la Constitución de la República de Venezuela: «El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos». La vigente Constitución venezolana fue publicada originalmente en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860, 30 de diciembre de 1999, reimpresa posteriormente en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000. Su primera enmienda, así como el texto íntegro de la Constitución, fueron publicados en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

930 Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «In Pursuit of a Modern Tax System to Accommodate Foreign Investment.

refiriéndose, entre otros, a la posibilidad de suscribir la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (*Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*)[931], cuestión que luce algo distante[932].

En el ínterin, se ha sugerido que en aras de garantizar la certeza y seguridad jurídica, pudiera tomarse el reporte como pauta a los fines de su eventual adopción en la legislación doméstica, inclusive meditando la posibilidad de que, en similar manera a lo establecido en el artículo 113 de la LISLR[933], contentivo de la *norma de reenvío* en materia de las guías de precios de transferencia, se «incorporase» dicho reporte al régimen fiscal venezolano por esa misma vía[934], consideración sobre lo cual ya nos hemos pronunciadocríticamente por los problemas que supone en relación al principio de reserva legal tributaria[935].

Bibliografía

ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «In Pursuit of a Modern Tax System to Accommodate Foreign Investment. Case Study: Venezuela», en BROWN, Karen B. (Ed.), *Taxation and Development. A Comparative Study*, International Academy of Comparative Law-Springer International Publishing, Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law, Vol. 21, Suiza, 2017.

ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «De "paraísos fiscales" a "jurisdicciones no cooperativas"», *Ámbito Jurídico*, Año XVIII - Nº 207, abril-junio, Legislación Económica, Caracas, 2017.

ABACHE CARVAJAL, Serviliano,«Venezuela y las medidas BEPS» (Relatoría Nacional - Venezuela), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015.

ABACHE CARVAJAL, Serviliano y ATENCIO VALLADARES, Gilberto, *Los nuevos retos de la fiscalidad internacional*, Academia Mexicana de Derecho Fiscal-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Ciudad de México, 2018, en imprenta.

ATENCIO VALLADARES, Gilberto,«El plan "BEPS" y su posibilidad de incorporación en el ordenamiento jurídico venezolano» (Comunicación Técnica - Venezuela), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015.

BILLARDI, Cristián J., «Análisis de compatibilidad de clausulas domésticas con BEPS» (Relatoría Nacional - Argentina), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*,

Case Study: Venezuela», en BROWN, Karen B. (Ed.), *Taxation and Development. A Comparative Study*, International Academy of Comparative Law-Springer International Publishing, Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law, Vol. 21,Suiza, 2017, pp. 358-360.

931VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, p. 113.

932 Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano,«Venezuela y las medidas BEPS» (Relatoría Nacional - Venezuela), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015, p. 386.

933 Artículo 113 de la LISLR: «Para todo lo no previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, será aplicables las guías sobre precios de transferencia para las empresas multinacionales y las administraciones fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en el año 1995, o aquellas que las sustituyan, en la medida que las mismas sean congruentes con las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y de los tratados celebrados por la República Bolivariana de Venezuela».

934VALECILLOS, José Manuel, *op. cit.*, p. 114.

935 Al respecto, nuestras consideraciones en:ABACHE CARVAJAL, Serviliano y ATENCIO VALLADARES, Gilberto, *Los nuevos retos de la fiscalidad internacional*, Academia Mexicana de Derecho Fiscal-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Ciudad de México, 2018, en imprenta.

Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015.

DORFMUELLER, Pia, *Tax planning for U. S. MNCs with EU holding companies: goals, tools, barriers,* Kluwer Law International, Hague-Londres-Nueva York, 2003.

FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *Derecho fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GARCÍA NOVOA, César,*La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

GARCÍA NOVOA, César, *Hacia un Derecho tributario global*, Vergara & Asociados-Plural Editores, La Paz, 2016.

GARCÍA NOVOA, César,*El Derecho tributario actual. Innovaciones y desafíos*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Serie Monografías Tributarias, Bogotá, 2015.

GARCÍA NOVOA, César, «La influencia de las BEPS en el poder tributario internacional» (Comunicación Técnica - España), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015.

LUDOVICI, Paolo, «Lack of Organizational Structure is not Decisive in Characterizing the Holding Companies as Conduit Vehicles: Italian Supreme Court Decides», *Kluwer International Tax Blog*, edición de 2 de marzo de 2017, en: http://kluwertaxblog.com/2017/03/02/lack-of-organizational-structure-is-not-decisive-in-characterizing-the-holding-companies-as-conduit-vehicles-italian-supreme-court-decides/

MALHERBE, Jacques, TELLO, Carol P., y GRAU RUIZ, María Amparo,*La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Serie Monografías Tributarias, Bogotá, 2015.

PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «La lucha contra la erosión de las bases de imposición y la transferencia de beneficios (BEPS)», *Ámbito Jurídico*, Año XV - Nº 193, noviembre, Legislación Económica, C. A., Caracas, 2014.

SCHOUERI, Luis Eduardo y BARBOSA, Mateus Calicchio, «Transparency: from tax secrecy to the simplicity and reliability of the tax system», *British Tax Review*, Nº 5, Sweet & Maxwell-Thompson Reuters, Oxford, 2013.

VALECILLOS, José Manuel, «Recomendaciones sobre mecanismos híbridos del plan BEPS y su viabilidad en Venezuela», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tema II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.

Documentos electrónicos

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, consultado en http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en

OECD, *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, consultado en: https://www.oecd.org/tax/aggressive/46023583.pdf

OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, consultado en: http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf.

OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, consultado en: http://www.oecd.org/tax/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report-9789264241138-en.ht

Il volume raccoglie le relazioni svolte dagli studiosi che hanno partecipato alla conferenza "IV Simposio Internazionale sul Diritto Attuale", svoltasi nei giorni 1 e 2 marzo 2019, presso il Mediterranea International Centre for Human Rights Research dell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria. L'iniziativa, organizzata in collaborazione con l'Istituto Iberojur, ha visto la partecipazione di trenta professori, dottori di ricerca, dottorandi e studenti di master, provenienti da quindici differenti Università (italiane, spagnole, portoghesi e sudamericane).

O volume recolhe os relatórios dos estudiosos que participaram da conferência "IV Simpósio Internacional de Direito Atual", realizada nos dias 1 e 2 de março de 2019, no Mediterranean International Centre for Human Rights Research, Universidade de Reggio Calabria. A iniciativa, organizada em colaboração com o Instituto Iberojur, contou com a participação de trinta professores, doutores, doutorandos e estudantes de mestrado, de quinze universidades diferentes (italianas, espanholas, portuguesas e sul-americanas).

9 788409 048946

MEDITERRANEA INTERNATIONAL CENTRE FOR HUMAN RIGHTS RESEARCH

IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDOS JURÍDICOS